DIE EINWILLIGUNG IN HEILEINGRIFFE

Ein Beitrag zur Rechtsgeschäftslehre

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei der

Juristischen Fakultät

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Wolfgang Rosener

Rechtsanwalt in Berlin

1965

1966

DIE EINWILLIGUNG IN HEILEINGRIFFE

Ein Beitrag zur Rechtsgeschäftslehre

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei der

Juristischen Fakultät

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Wolfgang Rosener

Rechtsanwalt in Berlin

1965

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

Erstgutachter: Prof. Dr. iur. Arwed Blomeyer

Zweitgutachter: Prof. Dr. iur. Ernst Heinitz

Tag der mündlichen Prüfung: 12. Februar 1966

I. Inhaltsübersicht

Seite

§ 1 Das Problem 1

1. Teil: Der Stand der Meinungen 4

§ 2 Vorfragen 4

I. Der ärztliche Eingriff als Körperverletzung 4

1. Rechtsprechung 4

2. Literatur 5

3. StGB-Entwurf 1962 9

4. Festhalten an der Einordnung als Körperverletzung 10

II. Die ärztliche Aufklärung als Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung 12

III. Die Einheit der Rechtswidrigkeit 13

§ 3 Die Entwicklung auf zivilistischem Gebiet 16

I. Die Literatur 16

1. Frühe Rechtshandlungstheorie (Linckelmann/ BGB-Materialien - Eltzbacher - Endemann) 16

2. Rechtsgeschäftstheorie (Zitelmann - Biermann - Fischer) 21

3. Mittelmeinungen (v. Tuhr - Oertmann - Leonhard - Lehmann - Planck) 24

4. Rechtshandlungstheorie (Heck - Manigk - Geerds; Larenz u.a.) 27

5. Beiträge vom Verfassungsrecht her (Krüger - Maunz-Dürig) 32

6. Jüngeres zivilistisches Schrifttum (Süß - Bosch - Boehmer) 35

7. Neueste Ansichten (Stoll - Flume - Geilen) 37

II. Die Rechtsprechung 44

§ 4 Die Entwickluhg auf strafrechtlichem Gebiet 48

I. Die Literatur (und § 226 a StGB sowie § 152 E 1962) 48

1. Die Entwicklung bis zur Schaffung des § 226 a StGB (Keßler - Binding - Pfersdorff - Klee - Kiehl - Honig - Mezger - Traeger - Frank - Gerland - v.Liszt - Schmidt) 48

2. § 226 a StGB 60

3. Neuere Beiträge (Engisch - Geerds - Noll - Hansen) 60

4. Heutiger Stand der Lehre 63

5. § 152 StGB-E 1962 63

II. Die Rechtsprechung 64

§ 5 Zusammenfassung 66

Seite

2. Teil: Die Stellung der Einwilligung des Verletzten im System des bürgerlichen Rechts 68

§ 6 Die Einwilligung des Verletzten in der Praxis der Gerichte 68

§ 7 Zum Begriff des Rechtsgeschäfts 70

I. Definitionen und die hier wesentlichen Merkmale 71

II. Verhältnis der Merkmale zueinander 72

1. Art der Verknüpfung 72

2. Wirkungsgrund 73

§ 8 Die Rechtswirkung der Einwilligung des Verletzten 74

I. Die Einwilligung des Verletzten als Rechtfertigungsgrund beim Heileingriff 75

1. Ausschluß der Rechtswidrigkeit 75

2. Bedeutung der Einwilligung bei der Rechtfertigung des Heileingriffs 76

3. Bedeutung objektiver Prinzipien bei der Rechtfertigung des Heileingriffs (Erlaubtes Risiko) 77

II. Wirkungsweise der Einwilligung des Verletzten bei der Rechtfertigung des Heileingriffs 80

1. Rechtsschutzverzicht 81

2. "Eingriffsrecht" 81

III. Untersuchung der Synonyma für "Einwilligung des Verletzten" 83

IV. Ermächtigung und Erlaubnis 87

1. Bekkers Ermächtigungsgeschäft und das subjektive Recht auf körperliche Unversehrtheit 87

2. Ermächtigung und Erlaubnis bei Ludewig - Kritik 91

3. Weitere Entwicklung des Ermächtigungsbegriffes 98

V. Die Einwilligung des Verletzten als Erlaubnis 99

VI. Einräumung eines "Dürfens" 100

1. Kein subjektives Recht 100

2. Einräumung einer Dürfensposition als Rechtswirkung 107

§ 9 Vorliegen eines Rechtsfolgewillens 114

§ 10 Die Einwilligung des Verletzten als Rechtsgeschäft 120

Seite

I. Die Einwilligung des Verletzten als rechtsgeschäftliche Verfügung 120
II. Die Einwilligung des Verletzten als empfangsbedürftige Willenserklärung 124
III. Definition 126

§ 11 Vergleich mit der öffentlich-rechtlichen Gebrauchserlaubnis 127

3. Teil: Einwilligungsfähigkeit, Willensmängel 133

§ 12 Die Einwilligungsfähigkeit 133
I. Die Interessenabwägung 134
1. Selbstbestimmungsrecht des Jugendlichen 134
2. Schutz des Minderjährigen 135
3. Elterliche Gewalt 135
4. Rechtssicherheit 137
II. Unbrauchbarkeit der BGB-Vorschriften 138
1. § 107 BGB 138
2. Keine partielle Geschäftsfähigkeit auf höchstpersönlichem Gebiet 140
III. Vom Gesetzestext abweichende Lösung 141
1. Vorliegen einer Lücke 141
2. Ausfüllung 143
3. Der gegenwärtige Rechtszustand 151

§ 13 Willensmängel 152

§ 14 Zusammenfassung 155

II. Literaturverzeichnis

1. Lehrbücher und Kommentare

Beitzke	Familienrecht, 12. Auflage, 1964
Bekker	System des Heutigen Pandektenrechts, Bd. I, 1886 Bd. II, 1889
Biermann	Bürgerliches Recht, Bd. I, Allgemeine Lehren und Personenrecht, 1908
Binding	Handbuch des Strafrechts, Bd.I, 1885
Boehmer	Einführung in das Bürgerliche Recht, 1954 (Einführung)
Endemann	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 9. Auflage, 1903
Engisch	Einführung in das juristische Denken, 3. Auflage, 1964 (Juristisches Denken)
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, 1958
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 15. Auflage, 1. Teil 1959, 2. Teil 1960
Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage, 1962
Esser	Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und des Staates, 1949 (Einführung) Schuldrecht, 2. Auflage, 1960 (Schuldrecht)
Forsthoff	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, 1961
Frank	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage, 1931
Heck	Grundriß des Schuldrechts, 1929 - unveränderter Nachdruck 1958
Huber	Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, 2. Auflage, 1953
Krüger-Breetzke-Nowack	Gleichberechtigungsgesetz, Kommentar, 1958

Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, 1964
	Bd. II, Besonderer Teil, 7. Auflage, 1965
Lehmann	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 14. Auflage, 1963 (Allgemeiner Teil)
Leonhard	Besonderes Schuldrecht des BGB, 1931
v.Liszt-Schmidt	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Auflage, 1932
Maunz-Dürig	Grundgesetz, Kommentar, Lfg. 1 - 7, 1964
Maurach	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 1965
Mayer, Hellmuth	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953
Mayer, Max Ernst	Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 2. Auflage, 1923
Mayer, Otto	Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 1961, unveränderter Nachdruck der 1924 erschienenen 3. Auflage
	Bd. II, 3. Auflage, 1924
Mezger	Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Auflage, 1949 (Lehrbuch)
	Strafrecht, I. Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 10. Auflage, 1963
Oertmann	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 1927 (I)
	Recht der Schuldverhältnisse, Zweite Abteilung, §§ 433 - 853, 5. Auflage, 1929 (II)
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar, 24. Auflage, 1965
Planck	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 1913 (I)
	Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Hälfte (Besonderer Teil), 4.Auflage, 1928 (II 2)
Radbruch	Rechtsphilosophie, 5. Auflage, herausgegeben von Erik Wolf, 1956

Reichsgerichtsräte	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil), 11. Auflage, 1959 (I)
	Bd. II, Einzelne Schuldverhältnisse, 11. Auflage, 1960 (II)
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch, Kommentar, 12. Auflage, 1964
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), Bd. I, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil), 9. Auflage, 1959
Sohm	Institutionen, Ein Lehrbuch der Geschichte und des Systems des römischen Privatrechts, 12. Auflage,1905
Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, erläutert von Brändl und Coing, 11. Auflage 1957 (Staudinger-Coing)
	Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 3. Teil, §§ 631 - 853, erläutert von Kober, Engelmann und Geiler, 9. Auflage, 1929 (Staudinger-Engelmann)
v. Tuhr	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1910 (I)
	Bd. II, 1. Hälfte, 1914 (II 1) Bd. II, 2. Hälfte, 1918 (II 2)
v. Turegg-Kraus	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Auflage, 1962
Welzel	Das Deutsche Strafrecht, 9. Auflage, 1965
Wolff, Hans	Verwaltungsrecht I, 6. Auflage, 1965
Wolff-Raiser	Sachenrecht, 10. Bearbeitung, 1957

2. Monographien, Aufsätze, Entscheidungsanmerkungen und Gesetzesmaterialien

Blomeyer	Der "Anspruch auf Wandlung oder Minderung", AcP 151, 97 ff. (1950,51)
Bockelmann	Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1961, 945 ff.
Böckel	"Ermächtigung" in HdR, Bd. II, 1927, S. 335 ff.

Boehmer, Gustav	Zum Problem der "Teilmündigkeit" Minderjähriger - Bemerkungen zu dem Urteil des IV. ZS des BGH v.5.12.1958, MDR 1959, 383, in MDR 1959, 705 ff. (Teilmündigkeit)
Bosch	Anmerkungen zu den Urteilen 5. Strafsenat des BGH v. 10.2.1959 - 5 StR 533/38 in MDR 1959, 160; Großer Senat in Strafsachen v. 8.12.1958 - GSSt 3/58 in MDR 1959,162; VI. Zivilsenat v. 5.12.1958 - VI ZR 266/57 in MDR 1959, 202
Braun	Mitwirkung Minderjähriger bei Vereinsbeschlüssen, NJW 1962, 92 f.
Deutsch	Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivilrecht, NJW 1965, 1985 ff.
Ebermayer	Arzt und Patient in der Rechtsprechung, 1924 "Arzt" in HdR, Bd. I, 1926, S.335 f.
Eltzbacher	Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichen Recht, Erster Band, Das rechtswirksame Verhalten, 1903
Engisch	Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, ZStW 58, 1 ff. (1939) (Ärztlicher Eingriff) Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation, 1958 (Ärztliche Operation) Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, Eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht, in Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1960, Bd. I, S. 401 ff. (Unrechtstatbestand)
Entwurf	zu einem Strafgesetzbuch (E 1962) mit Begründung, Bundesrat Drucksache 200/62

Erdsiek	(Zum ärztlichen Eingriff sowie zur Einwilligung und Aufklärung) NJW 1959, 807 ff. (Ärztlicher Eingriff)
	Zur Entwicklung im allgemeinen Persönlichkeitsrecht, NJW 1962, 622 ff. (Persönlichkeitsrecht)
Fischer	Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911
Flume	Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1960, Bd. I., S. 135 ff. (Privatautonomie)
	Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofes VI ZR 189, 59 = JZ 1961, 602 in JZ 1961, 605 f.
Geerds	Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, Dissertation Kiel 1953 (Maschinenschrift)
	Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954, 262 ff.
Geilen	Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, Habilitationsschrift Bonn 1963
Gerland	Selbstverletzung und Verletzung des Einwilligenden, in Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Bd. II, 1908, S. 487 ff.
	"Einwilligung des Verletzten", strafrechtlich, in HdR, Bd. II, 1927, S. 213 ff.
Hansen	Die Einwilligung des Verletzten bei Fahrlässigkeitstaten, im besonderen das bewußte Eingehen eines Risikos durch den Geschädigten, Dissertation Bonn 1963
Heinitz	Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, Dissertation Breslau 1926 (Materielle Rechtswidrigkeit)
	Ärztliche Experimente am lebenden Menschen, JR 1951, 333 f. (Ärztliche Experimente)
Hold v. Ferneck	Die Rechtswidrigkeit, Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts, Bd. I, Der Begriff der Rechtswidrigkeit, 1903

Honig	Die Einwilligung des Verletzten, Teil I, Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage, 1919
Horn	Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit, 1962
Huber	Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofes v. 29.11.1951 - III ZR 103, 51 = AöR 78, 102 ff. in AöR 78, 113 ff. (1952/53)
Hubmann	Das Persönlichkeitsrecht, Habilitationsschrift, Münster 1953
Keßler	Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, 1884
Kiehl	Die "Einwilligung" des Minderjährigen nach geltendem Strafrecht, GA Bd. 54, 357 ff. (1907)
Kimminich	Die Verbindlichkeit mündlicher Zusagen im Verwaltungsrecht, JuS 1963, 268 ff.
Klee	Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden, GA Bd. 48, 177 ff. u. 337 ff. (1901) sowie Bd. 48, 246 ff. (1903)
Krückmann	Die Ermächtigung und der Rechtsbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, in Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. III, 1929, S. 79 ff. (Ermächtigung und Rechtsbesitz) Ermächtigung, AcP 137, 167 ff. (1933) (Ermächtigung)
Krüger, Hildegard	Grundrechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt, FamRZ 1956, 329 ff.
Künßberg	"Precarium, precaria" in HdR, Bd.IV, 1927, S. 556
Lehmann	"Einwilligung", zivilrechtlich, in HdR Bd. II, 1927, S. 210 ff. (Einwilligung)
Lenckner	Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, ZStW 72, 446 ff. (1960)

Linckelmann	Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1898
v. Lübtow	Das Grundpfandrecht am Vorbehaltseigentum, JuS 1963, 171
Ludewig	Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht, 1922
Luther	Ehemündigkeit, Volljährigkeit, Strafmündigkeit, Rechtsvergleichende Studie zur Vereinheitlichung der Altersstufen im Zivil- und Strafrecht, 1961
Manigk	"Rechtshandlungen" in HdR, Bd. IV, 1927, S. 664 ff.
	"Rechtswirkung" in HdR, Bd. IV, 1927, S. 753 ff.
	Das System der juristischen Handlungen im neuesten Schrifttum, IherJ. 83, 1 ff. (1933) (System)
	Das rechtswirksame Verhalten, Systematischer Aufbau und Behandlung der Rechtsakte des Bürgerlichen und Handelsrechts, 1939 (Rechtswirksames Verhalten)
Mayer, Franz, und Jesch	Der Gemeingebrauch, JuS 1963, 205 ff.
Mertens	Persönlichkeitsrecht und Schadensersatz, JuS 1962, 261
Mezger	Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89, 207 ff. (1924) (Subjektive Unrechtselemente)
Mittermaier	Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts vom 11. Juni 1925 - 2 D 149/25= JW 1925, 2250, ebenda
Motive	zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1888
Niese	Ein Beitrag zur Lehre vom ärztlichen Heileingriff, Festschrift für Eberhard Schmidt, 1961, S. 364 ff.
Neidhardt und Müller	Behandlungsrecht des Arztes und ärztliche Aufklärungspflicht in der Sicht des Arztes und des Juristen, NJW 1956, 1097 ff.
Noll	Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besondern die Einwilligung des Verletzten, 1955

Pfersdorff	Die "Einwilligung des Verletzten" als Strafausschließungsgrund, Dissertation Straßburg 1897
Piegler	Eigenmächtige Heilbehandlung und Aufklärungspflicht des Arztes im österreichischen Recht, VersR 1962, 921 ff.
Protokolle	der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1897, 98
Raiser	Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, NJW 1964, 1201 ff.
Schmidt, Eberhard	Der Arzt im Strafrecht, Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 116, 1939
	Ärztliche Rechtskunde, in Lehrbuch der gerichtlichen Medizin (Ponsold), 2. Auflage, 1957, S. 1 ff.
	Anmerkung zu dem Urteil des Bundesgerichtshofes v. 28.11.1957 - 4 StR 525/57 = JR 1958, 225 in JR 1958, 226 f.
Schrey	Der Gegenstand der Einwilligung des Verletzten, Dissertation Breslau 1928
Schröder	Eigenmächtige Heilbehandlung im geltenden Strafrecht und im StGB-Entwurf 1960, NJW 1961, 951 ff.
Stoll	Das Handeln auf eigene Gefahr, Eine rechtsvergleichende Untersuchung (Habilitationsschrift), 1961
Stier-Somlo	"Konzessionen" in HdR, Bd. III, 1928, S. 715 ff.
Stooss	Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, Eine strafrechtliche Studie, 1898
Süß	Anmerkung zum "2. Elektroschock-Urteil" des Bundesgerichtshofes v. 9.12.1958 - VI ZR 203/57 = JR 59, 418 in JR 59, 421 ff.
Thoma	Die Einwilligung zur Operation an Minderjährigen, ZBlJRJWohlf 20, 295 ff. (1928, 29)
Titze	"Rechtsgeschäft" in HdR, Bd. IV, 1927, S. 654 ff.

Traeger	Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschließungsgründe im künftigen Strafgesetz, GS 94, 112 ff. (1927)
Wieacker	Das Bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen, in Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1960, Bd. II, S. 1 ff.
Zitelmann	Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99, 1 ff. (1906) (Ausschluß der Widerrechtlichkeit)
	Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung, 1908 (Arzt)

Bei Autoren, von denen mehrere Werke oder Beiträge benutzt wurden, ist - soweit erforderlich - am Ende der Angaben in Klammern eine Kurzfassung des jeweiligen Titels beigefügt, die bei den Zitaten zur Unterscheidung mitangeführt wird.

§ 1 Das Problem

Zur Einführung in die Problematik diene ein Fall der Operations-Einwilligung eines Minderjährigen. In diesem Zusammenhang gewinnen die hier zu behandelnden Fragen häufig praktische Bedeutung; hauptsächlicher Gegenstand der Rechtsprechung und Literatur zur Frage der Einwilligung des Verletzten zu Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit ist die Heileinwilligung[1].

Ein zwanzigjähriger Jugendlicher ließ sich vom Chefarzt eines Krankenhauses an der Schilddrüse operieren. Die Einwilligung zu diesem Eingriff wurde nicht von seinen Eltern, sondern von ihm erteilt. Nach der Operation, die kunstgerecht ausgeführt worden war, traten bei dem Jugendlichen als Folge des Eingriffs gesundheitliche Schäden auf. Er klagte nunmehr gegen den Arzt auf Schadensersatz (§ 823 BGB). Seinen Anspruch begründete er unter anderem damit, daß der Eingriff in seine körperliche Unversehrtheit, den die Operation darstelle, mangels wirksamer Einwilligung rechtswidrig gewesen sei. Die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters habe gefehlt, die von ihm selbst erteilte sei wegen seiner Minderjährigkeit unwirksam. Der Arzt, dem sein Alter bekannt gewesen sei, habe daher auch schuldhaft gehandelt. Er müsse deshalb Schadensersatz und Schmerzensgeld für die Gesundheitsschäden zahlen, die die Operation zur Folge gehabt habe[2].

---

1) Statt aller vgl. Heinitz, Materielle Rechtswidrigkeit, S. 50: "Überhaupt gewinnen die Probleme der ärztlichen Eingriffe dadurch im vorliegenden Zusammenhang (= Frage der Rechtswidrigkeit, d.Verf.) besondere Bedeutung, daß an ihnen ... die Theorie allgemeine Sätze entwickelte, ..."; und im gleichen Sinne Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99, 80; vgl. weiter noch Maurach, § 30 I 1 d, S. 285.

2) Vereinfachter Sachverhalt der Entscheidung des 6. Zivilsenats des BGH vom 5.12.1958 (BGHZ 29, 33 = FamRZ 1959, 201 = NJW 59, 811 = MDR 59, 383). Diese Entscheidung hat die Diskussion um die einschlägigen Fragen erneut in Gang gebracht, vgl. Bosch, FamRZ 1959, 202; Boehmer, MDR 1959, 705.

Der Bundesgerichtshof entschied, ein Anspruch bestehe nicht, weil ein Minderjähriger, der nach seiner geistigen Veranlagung und Entwicklung sowie seiner sittlichen Reife fähig sei, die Erheblichkeit und möglichen Folgen einer Operation zu ermessen, wirksam in diese einwilligen könne[3].

Der Fall der Entscheidung bestimmt den Gegenstand dieser Untersuchung in zweierlei Hinsicht:

1. Die Arbeit behandelt vor allem die Frage nach der Stellung der Einwilligung des Verletzten im System des bürgerlichen Rechts und sodann insbesondere das Problem der Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger.

2. Die Einwilligung muß sich auf Eingriffe in d i e k ö r p e r l i c h e U n v e r s e h r t h e i t beziehen. Hierbei handelt es sich um einen schon in der wohl frühesten Entscheidung des Reichsgerichts zum Thema "Einwilligung" verwendeten[4] und heute auch im Grundgesetz gebrauchten[5] Oberbegriff für Körper und Gesundheit, die im § 823 BGB und im § 223 StGB einzeln aufgeführt werden. Er bezieht sich auf das körperliche "Sobeschaffensein" zum Unterschied vom "Dasein" (Leben) und vom körperlich-räumlichen "Bewegungsfreisein" (Freiheit der Person)[6]. Der umfassende Begriff erspart die hier nicht weiter interessierende Abgrenzung zwischen Eingriffen in den Körper und Eingriffen in die Gesundheit[7].

Mit dieser Begrenzung scheidet die Einwilligung zu Angriffen auf Leben und Ehre sowie auf Eigentum und das Vermögen aus[8].

---

3) BGH, a.a.O.
4) RGSt 2, 442 (443).
5) Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG: "Jeder hat das Recht auf Leben und auf körperliche Unversehrtheit."
6) Vgl. Maunz-Dürig, Art. 2 Abs. II, Randnoten 1 u. 29.
7) Vgl. etwa die problematische Abgrenzung bei Palandt-Gramm, § 823, Anm. 4 b.
8) Vgl. hierzu auch die Begründung zum E 1962 StGB, S. 286: Dort wird eine zusammenfassende Regelung der Einwilligung zu Eingriffen in diese verschiedenen Rechtsgüter noch immer für unmöglich gehalten.

Gegenstand der folgenden Untersuchung ist die Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen, weil sie - wie eingangs erwähnt - das praktisch wichtigste Anwendungsgebiet der Einwilligung zu Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit ist[9].

In diesem Zusammenhang ist noch auf folgendes hinzuweisen. Die Formulierung "Einwilligung zu E i n g r i f f e n in die körperliche Unversehrtheit" bedeutet, daß es sich hier nicht um eine "Einwilligung" im Sinne des § 183 BGB handelt[10]. Denn diese ist die vorherige privatrechtliche Zustimmung eines Dritten zu dem von einem anderen vorgenommenen R e c h t s g e s c h ä f t[11]. Die hier zu behandelnde Einwilligung richtet sich dagegen auf einen tatsächlichen Eingriff in die geschützte Sphäre der körperlichen Unversehrtheit des Einwilligenden: Sie schließt die dem Eingriff sonst anhaftende Rechtswidrigkeit aus[12]. Für solche Einwilligungen ist der Begriff "Einwilligung des Verletzten" gebräuchlich[13].

---

9) Weitere Bereiche, die herkömmlicherweise als Anwendungsgebiete der Einwilligung des Verletzten zu Eingriffen in seine körperliche Unversehrtheit genannt werden, sind: Automitfahrten ("Gefälligkeitsfahrten"), insbesondere das sogenannte "Handeln auf eigene Gefahr", sportliche Betätigung und studentische Schlägermensuren sowie Geschlechtsverkehr mit einer jungfräulichen Minderjährigen. Die b e s o n d e r e n Probleme, die hier auftreten, können im Rahmen dieser Arbeit nicht behandelt werden. Es sei jedoch darauf hingewiesen, daß der große und lange heftig umstrittene Bereich des "Handelns auf eigene Gefahr" heute nach der Habilitationsschrift von Stoll über dieses Thema (1961) und der Grundsatzentscheidung BGHZ 34, 355 = BGH NJW 1961, 655 vielfach nicht mehr als Unterfall der Einwilligung des Verletzten angesehen wird.

10) Larenz, Bd. II, § 66 I e 1, S. 431; Boehmer, MDR 1959, 705; vgl. auch schon Mezger, GS 89, 277.

11) Palandt-Danckelmann, Einführung vor § 182, Anm. 1; noch genauer Manigk, Rechtswirksames Verhalten, S.509: Zustimmung zu den Rechtsfolgen jenes Rechtsgeschäftes.

12) Vgl. hierzu vorerst für das Zivilrecht Enneccerus-Nipperdey, § 212 II 3, S. 1314; für das Strafrecht § 226 a StGB und dazu Schönke-Schröder, Vorbem. zu § 51, Anm. III 7 b, Randnote 33. So die h.Rspr. u. Lehre. Dieser Punkt bedarf hier nochmaliger Prüfung. Vgl. unten § 8, S. 74 ff.

13) So z.B. schon Keßler (1884): "Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung" und für den zivilistischen Bereich: Linckelmann (1898), u.a. S. 77.

1. Teil: Der Stand der Meinungen

§ 2 Vorfragen

I. Der ärztliche Eingriff als Körperverletzung

Seit langem ist die Frage umstritten, ob der ärztliche Eingriff tatbestandsmäßig als Körperverletzung anzusehen ist, bei der durch die Einwilligung des Patienten lediglich die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen wird, oder ob es bei der Heilbehandlung schon am Tatbestand einer Körperverletzung fehlt. Der Streit hat seinen Schwerpunkt auf dem Gebiet des Strafrechts; im Zivilrecht spielt die Frage eine geringere Rolle. Das hängt wohl vor allem damit zusammen, daß § 823 Abs. 1 BGB verhältnismäßig neutral von Verletzung des Körpers spricht, wogegen der entsprechende § 223 StGB die Formulierungen "körperlich mißhandelt" und "an der Gesundheit beschädigt" enthält[1]. Um die Lösung des dogmatisch schwierigen Problems hat man sich im Schrifttum und in den verschiedenen Entwürfen zu neuen Strafgesetzbüchern bemüht.

1. Die Rechtsprechung steht seit jeher und bis heute auf dem Standpunkt, daß der ärztliche Eingriff, auch wenn er nur zu Heilzwecken und vollkommen lege artis[2] erfolgt, objektiv den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt, gleichgültig, ob er mißlingt oder gelingt. Das Reichsgericht hat schon in dem bekannten Urteil in einer Strafsache vom 31. Mai 1894[3] jede Rechtfertigung ärztlichen Handelns von seinem Heilzweck, dem Erfolg oder einem ärztlichen Berufsrecht her abgelehnt. Das Gericht führt dann aus:

> "Für das Verhältnis zwischen Arzt und Patienten wird innerhalb der Sphäre des bürgerlichen und des peinlichen Rechts an der zwischen beiden Personen bestehenden Willensübereinstimmung unter allen Umständen als dem leitenden und entscheidenden Gesichtspunkt festzuhalten sein."[4]

1) Vgl. auch Geilen, S. 17, 18.
2) Diese eingrenzenden Voraussetzungen sind hier erforderlich - vgl. auch Engischs Definition der ärztlichen Operation (Ärztliche Operation, S.5); eine Aufzählung dessen, was alles zu Heileingriffen zählt, findet sich bei Zitelmann, Arzt, S.7,8; vgl. auch die Fassung der §§ 161,162 des E 1962 StGB; auf Eingriffe ohne Heilzweck ist noch einzugehen; Schäden auf Grund von Kunstfehlern - also Verstöße gegen die lex artis - führen nach allen Ansichten zur Bestrafung wegen Körperverletzung.
3) RGSt 25, 375 ff.
4) A.a.O.,S.380; für die gleiche Ansicht im Zivilrecht vgl. z.B. RGZ 68, 431 (433, 434).

Mit dieser Entscheidung wird die Einwilligung des Verletzten als prinzipieller Rechtfertigungsgrund für ärztliche Eingriffe anerkannt[5] und gefordert[6].

Der Bundesgerichtshof hält an dieser Konstruktion fest, ohne die im Schrifttum geltend gemachten Einwände zu erörtern - eine "beinahe wegwerfende"[7] Übergehung der seit dem vorigen Jahrhundert bestehenden unüberbrückbaren Kluft zwischen Rechtsprechung und Lehre[8].

2. Im Schrifttum führte im Jahre 1884 Keßler die Operation als Beispiel für die de facto anerkannte Wirksamkeit der Einwilligung des Verletzten als Rechtfertigungsgrund im Gebiete der Körperverletzung an[9]. 1892 warf dann Oppenheim eindringlich die Frage nach der strafrechtlichen Bedeutung der ärztlichen Operation auf[10], und 1898 versuchte Stooß erstmals, den Nachweis zu erbringen, daß die Operation keine Körperverletzung sei[11]: Es sei widersinnig, im Heileingriff eine Verletzung von Leben und Gesundheit zu sehen, da er diese Werte doch gerade schützen wolle[12]. Stooß ist der Ansicht, daß ohne Einwilligung zu operieren ein Eingriff in die persönliche Freiheit sei, aber nicht Körperverletzung[13].

---

5) Eine gesetzliche Regelung der Einwilligung des Verletzten bestand damals noch nicht.
6) In diesem Fall handelte es sich um die fehlende Einwilligung des Vaters eines Kindes, an dem der Arzt eine lebensrettende Operation vorgenommen hatte.
7) So mit Recht Eb. Schmidt, a.a.O., S. 227.
8) Vgl. Niese, Heileingriff, S. 366, und Schröder, NJW 1961, 951.
9) Keßler, S 76-78.
10) Vgl. Noll, S. 88; Geilen, S. 60.
11) Stooß, Chirurgische Operation und ärztliche Heilbehandlung.
12) So die Präzisierung des Gedankens von Stooß bei Noll, S. 89.
13) Stooß, a.a.O., S. 25,26; dort auf S. 106 rechtsvergleichende Hinweise auf ausländische Lösungen, die schon damals ärztliche Heilbehandlung nicht als Körperverletzung behandelten;ebenso heute z.B. das österreichische Recht, vgl. Piegler, VersR 62,921.

Heute lehnt es die Wissenschaft fast einhellig ab, den lege artis durchgeführten ärztlichen Eingriff als Körperverletzung anzusehen[14].

Die wichtigsten Argumente gegen die Körperverletzungskonstruktion sind folgende[15]:

Der ohne Einwilligung operierende Arzt wird von den Gerichten nach demjenigen Tatbestand bestraft, der sinngemäß für solche Täter gilt, die nach dem Interesse eines anderen an der Erhaltung seiner körperlichen Integrität und an Erhaltung seiner Gesundheit nicht fragen, vielmehr den anderen in diesen Interessen gerade verletzen wollen. Was bei einem Messerstecher oder Raufbold sinnvoll ist, das kann jedoch nicht sinnvoll auch bei einem Arzt sein, der mit einem sachgemäß durchgeführten Eingriff einem Patienten Gesundheit und Leben erhält - nur deswegen, weil der andere dem medizinisch Sachgemäßen nicht zugestimmt hat.

Es muß auf den s o z i a l e n S i n n des ärztlichen Verhaltens abgestellt und dem entscheidenden Unterschied Rechnung getragen werden, der zwischen einem medizinisch korrekten, für die Gesunderhaltung erfolgreichen[16] Verhalten des Arztes und demjenigen Verhalten besteht, das der Gesetzgeber sinngemäß mit §§ 223 ff. StGB gemeint hat.

---

14) Vgl. z.B. Maurach, § 28 I 1 d, S.285 m.w. Nachweisen.

15) Vgl. statt aller zunächst Eberhard Schmidt, JR 1958, 226; er ist einer der schärfsten Gegner der Körperverletzungskonstruktion, vgl. schon: Der Arzt im Strafrecht (1933), insbesondere S. 69 ff. und: Ärztliche Rechtskunde in Ponsold, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin (2. Aufl. 1957), insbesondere S. 33 ff. Die große Literatur zu diesem Problem zeigt - wie erwähnt - in den Einzelheiten viele Unterschiede; hier sollen nur die übereinstimmenden Grundzüge dargestellt werden.

16) Abgesehen von den rechtlich relevanten Unterscheidungen: zu Heilzwecken - zu anderen Zwecken und: kunstgerecht - mit Kunstfehler behaftet, wird teilweise auch der Unterscheidung: erfolgreich - mißlungen rechtliche Bedeutung beigemessen. Darauf wird noch kurz eingegangen werden.

Der ohne Einwilligung vorgenommene - also "eigenmächtige" - Heileingriff wirkt sich nicht zum Schaden des in diesen Vorschriften geschützten Rechtsgutes der körperlichen Unversehrtheit aus, sondern beeinträchtigt die Willensfreiheit, das S e l b s t b e s t i m m u n g s r e c h t des Patienten. Unter § 223 StGB kann dieses Verhalten jedenfalls nicht gebracht werden[17]. Der ärztliche Heileingriff ist weder eine "körperliche Mißhandlung" noch eine "Beschädigung an der Gesundheit"[18].

Wenn man die Körperverletzungskonstruktion ablehnt, wird aus dem Problem der Einwilligung zu Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit für das Gebiet des ärztlichen Heileingriffes ein solches der Einwilligung zu Eingriffen in die Freiheit. Da dieses Rechtsgut bisher nur durch wenige - hier nicht passende - Spezialvorschriften strafrechtlich bewehrt ist - z.B. § 240 StGB (Nötigung) -, kommt ein Gegner der Körperverletzungskonstruktion, N o l l , sogar zu dem Ergebnis:

"Die ärztliche Operation zu Heilzwecken bildet somit kein Problem der Einwilligung des Verletzten." 19)

Jedenfalls fehlt für den als Freiheitsverletzung verstandenen Eingriff ohne Einwilligung ein passender Tatbestand. Im Schrifttum wird daher festgestellt, daß es Aufgabe des Gesetzgebers sei, einen solchen Tatbestand zu schaffen, der das Selbstbestimmungsrecht des Patienten gegen eigenmächtiges ärztliches Handeln schützt.

---

17) Dieses Ausscheiden aus dem Tatbestand der Körperverletzung wird im einzelnen sehr verschieden begründet; z.B.: Körperverletzung sei Körper i n t e r e s s e n verletzung, die ärztliche Heilbehandlung sei um ihrer Heiltendenz willen keine Interessenverletzung des Körpers, auch wo sie nicht zur Heilung geführt habe (Nachweise bei Schröder, NJW 1961, 952); nach dem Prinzip des überwiegenden Interesses liege hier keine Körperverletzung vor (Engisch, ZStW 58, 6 ff.u.35); weiter wird das Ergebnis durch Berufung auf den Gedanken der Sozialadäquanz begründet (vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 209 II, S. 918 (14. Aufl.), weitere Nachweise bei Schröder, NJW 1961, 952; Niese, Heileingriff, S. 368).

18) Vgl. insbesondere Eberhardt Schmidt, a.a.O., S.226, 227, weiterhin für diese h.L. schon Frank, § 223, Anm. II 3; jetzt z.B. Schönke-Schröder, § 223,Anm.IV; Welzel, § 39 I 3 a , S. 262.

19) Siehe S. 8.

Anders liegt es aber auch nach den im Schrifttum vertretenen Ansichten in folgenden Fällen:
Ärztliche Eingriffe, die nicht Heilzwecken dienen[20], fallen danach unter den Tatbestand der Körperverletzung und bedürfen deshalb eines Rechtfertigungsgrundes, also i.d.R. der Einwilligung des Verletzten[21].

Verschiedene Ansichten bestehen für den Fall des m i ß l u n g e n e n kunstgerechten Eingriffes. Häufig wird die Meinung vertreten, bei kunstgerechten Operationen liege niemals der Tatbestand der Körperverletzung vor, gleichgültig, ob sie gelängen oder nicht[22].

Andere Autoren bejahen beim mißlungenen Eingriff doch die Erfüllung dieses Tatbestandes und verlangen für diesen Fall die Einwilligung des Patienten[23] oder leiten die Rechtfertigung hier aus anderen Prinzipien ab[24].

Zusammenfassend ist zu sagen: Die Konsequenz der herrschenden Lehre wäre d e l e g e l a t a , in jedem Fall den e i g e n m ä c h t i g e n , kunstgerechten, gelungenen Heileingriff straflos zu lassen, da für den Einbau der Einwilligung und damit die Ahndung ihres Fehlens insoweit bei der vorgetragenen Auffassung kein Raum ist[25], oder ihn gewaltsam unter die auf diesen Fall nicht zugeschnittenen §§ 239, 240 StGB zu subsumieren[26].

Hieraus erklärt sich auch das Festhalten der Gerichte an der Körperverletzungskonstruktion. Nur so können nach geltendem Recht Urteile gefällt werden, die der unbe-

---

19) S. 90 - Noll unterscheidet - wie die meisten Autoren - vom Heileingriff Eingriffe an Gesunden wie kosmetische Operationen, Transfusionen, Transplantationen, weiter Sterilisation und Kastration; diese sind seiner Ansicht nach Körperverletzungen, S. 90 ff. Weiter bleibt Körperverletzung der Eingriff anläßlich eines ärztlichen Experimentes (vgl. hierzu Heinitz, JR 1951, 333 f.).
20) Vgl. die Aufzählung in Fußnote 19).
21) Schönke-Schröder, § 223, Anm. IV 2, Randnote 11.
22) Schönke-Schröder, a.a.O., Anm. IV, Randnote 8.
23) Frank, § 223, Anm. II 3.
24) Welzel, § 39 I 3 aα, S.262.
25) Vgl. hierzu Schröder, NJW 1961, 951 (952).
26) Vgl. Welzel, a.a.O.

strittenen Strafwürdigkeit ärztlicher Eigenmacht wenigstens im Ergebnis entsprechen[27]. Eine wirkliche Lösung des Problems ist somit aber nur dem Gesetzgeber möglich.

3. Ohne auf die verschiedenen Lösungsversuche in den früheren Entwürfen zu einem neuen Strafgesetzbuch einzugehen[28], sollen hier nur die entsprechenden Vorschriften des Entwurfs 1962 betrachtet werden. Es handelt sich um § 161 - Heilbehandlung[29] - und § 162 - Eigenmächtige Behandlung zu Heilzwecken. § 161 lautet:

> "Eingriffe und andere Behandlungen, die nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der Heilkunde und den Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes zu dem Zweck angezeigt sind und vorgenommen werden, Krankheiten, Leiden, Körperschäden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern, sind nicht als Körperverletzung strafbar."

§ 162 Abs. 1 lautet:

> "Wer an einem anderen ohne dessen Einwilligung einen Eingriff oder eine andere Behandlung vornimmt, um Krankheiten, Leiden, Körperschäden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren, mit Strafhaft oder mit Geldstrafe bestraft."

Nach Absatz 5 der Vorschrift handelt es sich dabei um ein Antragsdelikt.

In der Begründung wird ausgeführt, daß nach der Fassung des Gesetzes die dogmatische Frage offenbleiben soll, wie das Ergebnis - Straflosigkeit der kunstgerechten gelungenen oder mißlungenen Heilbehandlung - rechtlich zu beurteilen ist, insbesondere, ob darin ein Ausschluß des Tatbestandes oder ein Rechtfertigungsgrund zu sehen ist. Der Entwurf geht davon aus, daß diese Frage von Wissenschaft und Rechtsprechung beantwortet werden sollte[30].

---

27) Vgl. Schröder, a.a.O.
28) Vgl. hierzu Ebermayer in HdR, Bd. I, S. 335, und Schröder, a.a.O., S. 953, Fußnote 14.
29) Mit diesem Begriff - anstelle "ärztlicher Eingriff" o.ä. - wird zum Ausdruck gebracht, daß es hier in Anbetracht der Kurierfreiheit gleichgültig ist, ob ein Arzt oder Nichtarzt die Behandlung vornimmt; vgl. E 1962, Begründung, S. 296, 298.
30) E 1962, Begründung, S. 292, 296.

In der Begründung zu der neugefaßten Einwilligungsvorschrift (§ 152) heißt es, der Entwurf "entschärfe" durch die §§ 161, 162 die Streitfrage, ob eine lege artis durchgeführte Operation schon tatbestandsmäßig Körperverletzung sei oder nicht. Insoweit habe die Einwilligung keine Bedeutung mehr, auf sie komme es nur noch für die Strafbarkeit wegen eigenmächtiger Heilbehandlung an[31]. Da sich dieses Delikt gegen die Freiheit der Person - ihr Selbstbestimmungsrecht oder Recht auf freie Willensbetätigung - richtet[32] und nicht gegen die körperliche Unversehrtheit[33], könnte es scheinen, als würde im Falle des Inkrafttretens der neuen Vorschriften das hier behandelte Anwendungsgebiet der Einwilligung des Verletzten zu Eingriffen in seine körperliche Unversehrtheit entfallen.

4. Wir wollen hier jedoch für das geltende Recht mit der Rechtsprechung aus den dort angeführten Gründen davon ausgehen, daß der Heileingriff den Körperverletzungstatbestand erfüllt.

Weiter wird auch künftig diese Auffassung nicht jede Bedeutung verlieren. Zwar mag auch innerhalb § 823 BGB der eigenmächtige Heileingriff als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes eingeordnet werden, falls die Vorschriften des E 1962 in Kraft treten sollten[34].

---

31) A.a.O., S. 287 - die ausdrückliche Regelung der Einwilligung des Verletzten in § 152 bleibt nach wie vor auf den Bereich der Körperverletzungen beschränkt, weil eine umfassende Regelung des Einwilligungsproblems heute noch unmöglich erscheint (vgl. a.a.O., S. 286). Auf die Einwilligung in § 162 ist § 152 daher direkt nicht anwendbar. Eine weitere Sondervorschrift für die Einwilligung zum Heileingriff zu schaffen, sah man im E 1960 als aussichtslos an; die Lösung wurde der Rechtsprechung und Rechtslehre überlassen (E 1960, Begründung, S. 275); anders Begründung zum E 1962: § 152 sei allgemein entsprechend anwendbar (S. 293).

32) Vgl. E 1962, Begründung, S. 293 u. 298: "Zweck der Vorschrift ist, das in Artikel 2 Abs. 2 GG mitgewährleistete Selbstbestimmungsrecht des Patienten strafrechtlich zu sichern."

33) Vgl. Schröder, NJW 1961, 953: Die neue Regelung will das Odium der Körperverletzung vom Arzt nehmen.

34) Vgl. Geilen, S. 19 u. 170; die letzte Quelle dieses Schutzes ist ebenfalls Art. 2 GG; a.A. Deutsch, NJW 1965, 1985 (1989); es ist fraglich, ob man künftig dieselbe Handlung im Zivil- und im Strafrecht als Verletzung jeweils verschiedener Rechtsgüter betrachten würde.

Demgegenüber ist aber festzuhalten, daß auch nach den neuen Vorschriften eine Reihe von ärztlichen Eingriffen tatbestandsmäßig Körperverletzung bleiben würde. Zumindest insoweit würde also ein unmittelbarer Anwendungsbereich für Einwilligungen der hier behandelten Art bestehen bleiben. Das ergibt sich aus folgendem. Eine der im § 161 des Entwurfes enthaltenen Zulässigkeitsvoraussetzungen für Heileingriffe lautet, daß diese den "Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes" entsprechen müssen. Es wird auf diese Weise außer auf die Regeln der Heilkunst auch auf das ärztliche Standesethos verwiesen. Dadurch soll die Rechtsprechung in die Lage versetzt werden, bestimmte schwerwiegende Behandlungsarten nur bei Einwilligung des Patienten a l s H e i l b e h a n d l u n g anzuerkennen, dann nämlich, wenn ärztliche Standesethik die betreffenden Behandlungsarten nur mit Einwilligung des Patienten als k u n s t g e r e c h t ansieht. So soll die Möglichkeit gewonnen werden, jedenfalls in gewissen Fällen - gedacht ist an Risikobehandlungen, die mit der Gefahr des Todes oder eines schweren Gesundheitsschadens verbunden sind, weiter etwa an Amputationen - den Arzt, der ohne Einwilligung seines Patienten gehandelt hat, doch wegen Körperverletzung zu bestrafen[35].

Sodann bleiben im Bereich der Körperverletzung alle ärztlichen Eingriffe, die nicht Heilzwecken dienen[36].

Endlich dürften die Fragen nach der Einwilligung zu H e i l e i n g r i f f e n bestehen bleiben, wenn diese Eingriffe - bei fehlender Einwilligung - als Verletzung der Willensfreiheit eingeordnet werden sollten[37].

---

35) Vgl. E 1962, Begründung, S. 298; weiter hierzu Schröder, NJW 1961, 954: "Es wird keinem Patienten klarzumachen sein, der eine Amputation ausdrücklich verweigert hat, daß die dennoch vorgenommene Amputation lediglich einen unzulässigen Eingriff in seinen Willen und nicht auch in seinen Körper darstellen soll." - und Niese, Heileingriff, S. 366: "Die Grenze zwischen Heilbehandlung und Körperverletzung ist also insoweit flüssig gehalten."

36) Vgl. die Aufzählung oben S. 8 Fußnote 19).

37) E 1962, Begründung, S. 293, hält - wie erwähnt - insoweit ebenfalls die Regelung für die rechtfertigende Einwilligung zu Körperverletzungen für entsprechend anwendbar. Bedenken sind allerdings möglich. Nach der

II. Die ärztliche Aufklärung als Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung

Wenn heute auf die "Einwilligung des Verletzten" im Zusammenhang mit ärztlichen Eingriffen eingegangen wird, so steht sehr häufig die ärztliche Aufklärungspflicht im Mittelpunkt der Erörterungen. Notwendigkeit und Grenzen der Aufklärung sind augenblicklich wohl das meist diskutierte Thema im Gebiet der Einwilligung. Ansichten von Juristen und Ärzten stehen einander gegenüber[38].

Fassung des § 162 dürfte die Einwilligung dort ihrerseits nämlich nicht mehr eine lediglich rechtfertigende sein, sondern bereits den Ausschluß der Tatbestandsmäßigkeit bewirken. (So z.B. auch Geilen, S. 172). Für diese Fälle hat Geerds (GA 1954, 262 ff.) zur Unterscheidung den Begriff Einverständnis eingeführt. Geerds zieht aus dieser Unterscheidung Folgerungen (wesentlich geringere Anforderungen für wirksames E i n v e r s t ä n d n i s als bei der E i n w i l l i g u n g), die einer Übertragung unserer Ergebnisse entgegenstehen. Teilweise zweifelnd an der Anwendbarkeit bisheriger Einwilligungsgedanken auf einen künftigen Eigenmachtstatbestand von seinem Anliegen aus auch Geilen, S. 168 ff. - Gegen diese Ansichten spricht, daß - abgesehen von der neuen Auffassung über das verletzte Rechtsgut, die hierfür unbeachtlich ist - durch bloße Änderung der Tatbestandsfassung ("ohne Einwilligung" als Tatbestandsmerkmal statt Einwilligung als Rechtfertigungsgrund) doch schwerlich die Anforderungen an die Einwilligung zur Heilbehandlung tangiert werden können.- Gegen die von Geerds aus seiner Unterscheidung zu weitgehend gezogenen Folgerungen auch Schönke-Schröder, Vorbem. zu § 51, Anm. III 6 d (9. Aufl.), weiter auch OLG Stuttgart, NJW 1962,62 (63 r.Sp.); auf die schwierigen dogmatischen Fragen kann hier nicht im einzelnen eingegangen werden.

38) Aus der Fülle von Veröffentlichungen und Urteilen seien genannt: Neidhardt und Müller, NJW 1956,1097 (mit weiteren Nachweisen); Bockelmann, NJW 1961,945; die beiden "Elektroschock-Urteile",BGH NJW 1956, 1106 und BGHZ 29, 46 = NJW 1959, 811 sowie das Krebs-Strahlenbehandlungsurteil, BGH NJW 1959,814 die Frage der ärztlichen Aufklärungspflicht war - wie schon erwähnt - das Thema der strafrechtlichen Abteilung des Juristentages 1962, vgl. NJW 1962, 1856 f.; daß an diesem Problem eine breitere Öffentlichkeit interessiert ist, zeigen z.B. die einschlägigen Beiträge der "Frankfurter Allgemeinen Zeitung" vom 8.4.1961 (Nr. 82, S. 17), 29.5.1961 (Nr. 122, S. 4) und 24.3.1962 (Nr. 71, S. 2). Jetzt ist eine Habilitationsschrift zu diesem Thema erschienen (Geilen, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, 1963).

Für unsere Untersuchung liegt dieses Problem jedoch am Rande. Es betrifft nicht speziell die Einwilligung des Minderjährigen. Die Aufklärungsproblematik berührt auch nicht die Frage nach der "Rechtsnatur" der Einwilligung, denn es handelt sich bei der Aufklärung nur um eine Wirksamkeitsvoraussetzung[39].

III. Die Einheit der Rechtswidrigkeit

Die Einwilligung des Verletzten zu Eingriffen in seine körperliche Unversehrtheit ist seit langem als R e c h t f e r t i g u n g s g r u n d anerkannt: im bürgerlichen Recht seit Schaffung des BGB mangels ausdrücklicher Vorschrift auf Grund Gewohnheitsrechtes[40], im Strafrecht - zunächst umstritten[41] - anfangs ebenso[42], seit 1933 auf Grund der ausdrücklichen Vorschrift des § 226 a StGB. Unser Problem gehört damit in das Gebiet der Rechtswidrigkeit. Da die Grundvorschrift der unerlaubten Handlung, § 823 BGB, und die strafrechtlichen Vorschriften sich in ihrem schematischen Aufbau - Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld - gleichen[43], hat ein Rechtfertigungsgrund auf beiden Rechtsgebieten konstruktiv die gleiche Wirkung: die Rechtswidrigkeit objektiv tatbestandsmäßigen Verhaltens zu beseitigen. Angesichts der immer wieder betonten prinzipiellen Unterschiedlichkeit beider Rechtsgebiete[44] erhebt sich jedoch

---

39) So auch Geilen, S. 23; er versucht allerdings, in seiner Arbeit Probleme der Aufklärungspflicht zum Teil doch durch eine veränderte Beurteilung der Einwilligung selbst zu lösen; vgl. die Wiedergabe unten § 3 I 7, S. 40ff.; Kritik insoweit insbesondere unten § 13, S. 153, Fußnote 4.

40) Vgl. z.B. schon Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99, 47; weiter E I zum BGB, in dem folgender § 706 vorgesehen war: "Hat der Beschädigte in die schädigende Handlung eingewilligt, so liegt ihm gegenüber ein zivilrechtliches Delikt nicht vor." Dazu heißt es in den Motiven, Bd. II, S. 730, die Bestimmung erscheine zweifellos und selbstverständlich, wenn die beschädigende Handlung die Eigenschaft der Widerrechtlichkeit verliere. Wegen dieser Selbstverständlichkeit und aus anderen Gründen wurde die Vorschrift später gestrichen (vgl. Prot. II, 578).

41) Für die strafrechtliche Wirksamkeit der Einwilligung auch bei Körperverletzungen - insbesondere gegen die damals h.Rspr. - bereits Keßler: Einwilligung (1884).

42) Vgl. Geerds, GA 1954, 262 (263), u. Dissertation, S. 7.

43) Vgl. für das Zivilrecht: Enneccerus-Nipperdey, § 209, I, S. 1278; für das Strafrecht: Welzel, § 10, S. 52, 53.

44) Vgl. z.B. Geerds, Dissertation, S. 208 u.ö.

die Frage, ob ein im Strafrecht anerkannter R e c h t f e r t i g u n g s g r u n d im Zivilrecht überhaupt oder in gleichem Umfange wirkt und umgekehrt. Diese Frage wird von der herrschenden Meinung bejaht, und zwar aus folgenden Gründen.

Man geht hier von dem Prinzip der "Einheit der Rechtsordnung"[45] aus. Gemäß diesem Grundsatz - der mit dem in den Einzelheiten immer "offenen System" der Rechtsordnung[46] nicht in Widerspruch steht - sind Recht und Unrecht (= Rechtswidrigkeit) allgemeingültige Begriffe, die nicht für jedes Rechtsgebiet einen anderen Inhalt haben können[47]. Probleme der Grenze zwischen Recht und Unrecht müssen einheitlich für die gesamte Rechtsordnung gelöst werden[48].

Dementsprechend folgt aus dem Prinzip der "Einheit der Rechtsordnung" das der "Einheit der Rechtswidrigkeit"[49]. Danach ist es für die Tatsache des Verbotenseins gleichgültig, in welchem Rechtsteil das Verbot erscheint: "Ist eine Handlung durch irgendeinen Rechtssatz in irgendeinem Rechtsteil verboten, so ist sie eben verboten."[50] Entsprechend dem Postulat der Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung[51] folgt daraus weiter, daß eine Handlung, die z.B. nach bürgerlichem Recht erlaubt und rechtmäßig[52] ist, nicht gleichzeitig in strafrechtlicher Hinsicht rechtswidrig sein kann[53] und umgekehrt[54].

---

45) Vgl. z.B. Enneccerus-Nipperdey, § 209 II, S. 1278, mit weiteren Nachweisen (Fußnote 2); Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99, 11; Wieacker in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Bd. II,S.6; aus der Rechtsprechung z.B. BGH NJW 1961, 655 (657) = BGHZ 34, 355.
46) Raiser, NJW 1964, 1201 (1204).
47) Enneccerus-Nipperdey, a.a.O.
48) Engisch, Eingriff und Einwilligung, S. 20, mit Verweis auf seine Schrift mit dem Titel "Einheit der Rechtsordnung".
49) Fischer, S. VII (Vorwort); Heinitz, Materielle Rechtswidrigkeit, S. 27, 47.
50) Zitelmann, a.a.O., S. 11.
51) Engisch, Juristisches Denken, S. 159; Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99, 21.
52) Zum Begriff der Erlaubnis vgl. näher unten § 8 IV 2, S. 91 ff.
53) Zweifelnd, ob nicht Rechtfertigungsgründe auf beiden Rechtsgebieten verschiedene Wirkung haben, Kiehl, GA Bd. 54, 380 - ohne zwingende Begründung.
54) Heinitz, Materielle Rechtswidrigkeit, S. 47;

Demgemäß muß auch die Einwilligung des Verletzten als Rechtfertigungsgrund in beiden Rechtsgebieten die gleiche Wirkung entfalten[55].

Freilich ist das nicht unbestritten[56].

Bei Annahme unterschiedlicher R e c h t s w i d r i g k e i t s begriffe wäre eine verschiedene Wirkung desselben Rechtfertigungsgrundes in verschiedenen Rechtsgebieten denkbar. Diese Möglichkeit ergäbe sich hier also nicht vom Begriff des Rechtfertigungsgrundes, sondern von dem der Rechtswidrigkeit selbst her. Das könnte aber gerade in unseren Fällen zu offensichtlich ungerechten Ergebnissen führen. Es mag zwar einen verschiedenen V e r s c h u l d e n s maßstab im Zivil- und Strafrecht geben[57]. Es wäre jedoch ein Ergebnis, dessen Unrichtigkeit von selbst ins Auge springt, wenn einem Arzt, der einen Minderjährigen auf Grund dessen Einwilligung operiert hat, vom Strafrichter bestätigt würde, er habe r e c h t m ä ß i g gehandelt, während ihm der Zivilrichter die R e c h t s w i d r i g k e i t dieses selben Verhaltens bescheinigte.

Stoll, S. 309; vgl. auch Noll, S. 136: "Aus der Einheit des Rechts folgt nun weiter mindestens soviel, daß die Rechtsfolgen verschiedener Rechtsgebiete sich nicht widersprechen dürfen ..."; OLG München, NJW 1958, 633 (634).

55) Vgl. Mezger, GS 89, 276: "... die Einwilligung als allgemeiner Rechtfertigungsgrund, der von vornherein für alle Rechtsgebiete ... gilt." Weiter auch Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, S. 509: "Die Rechtsnatur dieser Einwilligung kann hinsichtlich der strafrechtlichen und privatrechtlichen Einwirkung nur dieselbe sein." Und z.B. schon Prot. II, S.634.

56) So wird behauptet, es gebe verschiedene Rechtswidrigkeitsbegriffe schon innerhalb des Strafrechts (Schönke-Schröder, Vorbem. vor § 51, Anm. II 4, Randnote 8), innerhalb des Zivilrechts (so anscheinend Larenz, Bd. II, § 66 I e, S.424ff), weiter unterscheide sich die Rechtswidrigkeit nach dem Grundgesetz von der nach Zivilrecht (Maunz-Dürig, Art. 1 Abs. III, Anm. VI 2 c, Randnote 130) und schließlich die des Zivilrechts von der des Strafrechts (z.B. Hegler, zitiert bei Enneccerus-Nipperdey, § 209 II, S. 1278, Fußnote 2; und bei Heinitz, Materielle Rechtswidrigkeit, S. 47; für möglich gehalten bei Larenz, a.a.O.; vgl. auch Vorwort (zur 3. Aufl.), S. VI.).

57) Für die Fahrlässigkeit vgl. z.B. Engisch, Juristisches Denken, S. 158; a.A. Enneccerus-Nipperdey, § 213 III 2, S. 1321 ff.

Wir werden dementsprechend mit der allgemeinen Meinung weiterhin von der Einheit der Rechtswidrigkeit ausgehen und aus diesem Grunde an der Notwendigkeit gleichmäßiger Wirkung des Rechtfertigungsgrundes "Einwilligung des Verletzten" im Zivil- und Strafrecht festhalten[58].

§ 3 Die Entwicklung auf zivilistischem Gebiet

I. Die Literatur

1. 1898 bemerkte L i n c k e l m a n n [1] in der wohl ersten größeren Schrift zum damals kommenden BGB, die auch unser Thema berührte, daß der Brennpunkt der Diskussion über die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht liege, und dort insbesondere bei Fragen der Operation und der Studentenmensur; die rechtliche Bedeutung der Einwilligung nach ihrer zivilrechtlichen Seite sei bis dahin kaum beachtet worden. Dies sei begreiflich, da nach - damals - geltendem Zivilrecht kaum Zweifel daran bestanden hätten, daß die Ersatzpflicht durch die Einwilligung ausgeschlossen würde. Er verweist für das gemeine Recht auf D. 47 . 10. 1. 5 und D. 9. 2. 7. 4 sowie auf § 118 des Sächsischen BGB von 1863. Diese Vorschrift lautete:

> "Wer von seinem Recht Gebrauch macht oder mit der Einwilligung des Verletzten handelt, begeht keine Rechtsverletzung."

Die bekanntere von den beiden Digestenstellen, die im allgemeinen zitiert wird, D. 47. 10. 1. 5, Ulpian ad edictum, lautet in dem entscheidenden Teil: "..., quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat." Daraus wurde die Rechtsparömie "volenti non fit iniuria" geformt[2]. Dieser Satz ist an sich derart einleuchtend, daß ihn ein so kritischer Denker wie Schopenhauer ohne weiteres als "selbstevident" bezeichnete[3]. Linckelmann vertrat dementsprechend noch die Ansicht, daß auch mit dem Inkraft-

---

58) Vgl. nochmals die hier in Fußnoten 49, 54 u. 55 Zitierten und Enneccerus-Nipperdey, § 209 II,S.1278 f.

1) Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, S. 77.

2) Vgl. Fischer, S. 271; Keßler, S. 1; die Regelung des Sächsischen BGB ist erkennbar der Digestenstelle und einer anderen bekannten Rechtsregel - "Qui iure suo utitur, neminem laedit" - nachgeformt.

3) Im vierten Band der Sämtlichen Werke, Die beiden Grundprobleme der Ethik, II. Preisschrift über die Grundlage der Moral, § 5, S. 126 (1938); zitiert nach Keßler, S. 52.

treten des BGB die zivilrechtliche Seite der Einwilligungsfrage kaum hervortreten werde[4].

Das BGB selbst regelt die Einwilligung des Verletzten nicht. Im ersten Entwurf war allerdings noch eine besondere Vorschrift enthalten - § 706 E 1 -, die folgendermaßen lautete:

> "Hat der Beschädigte in die beschädigende Handlung eingewilligt, so steht ihm ein Anspruch auf Schadensersatz nicht zu."

In den Motiven hieß es dazu u.a., im Falle der Einwilligung des Beschädigten liege ihm gegenüber ein zivilrechtliches Delikt nicht vor; sodann - ohne weitere Begründung -, daß diese Einwilligung ein einseitiges R e c h t s g e s c h ä f t sei und daher volle und unbeschränkte Geschäftsfähigkeit des Einwilligenden erfordere. Aus den angeführten Beispielen ergibt sich, daß dabei auch an die Einwilligung zu Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit gedacht war[5]. Die zweite Kommission strich den § 706 E 1 aus verschiedenen Gründen[6]. Es heißt dazu in den Protokollen, jedenfalls sei es unzutreffend, davon auszugehen, daß die Einwilligung immer den Charakter eines R e c h t s g e s c h ä f t e s habe; sie könne ganz verschieden zu charakterisieren sein. Die Schwierigkeiten, die in dieser Richtung entstehen könnten, seien nicht zu leugnen, durch einen so allgemeinen Satz, wie ihn der § 706 E 1 aufstelle, aber nicht zu ändern[7].

Ein - verworfener - Antrag wollte übrigens die Einwilligung zur Tötung und Körperverletzung als Verzicht auf Entschädigungsansprüche qualifizieren und bestimmte für die Einwilligung u.a., daß sie von einem Minderjährigen vor Vollendung des 12. Lebensjahres[8] noch nicht wirksam

---

4) Linckelmann, S. 77
5) Mot. II, 730.
6) Vgl. auch oben S.13 Fußnote 40.
7) Prot. II, 578.
8) Das entsprach den damaligen Strafmündigkeitsgrenzen des StGB (§ 55): absolute Strafunmündigkeit bis zum vollendeten 12. Lebensjahr, relative Strafmündigkeit bis zum vollendeten 18. Lebensjahr.

abgegeben werden könne; ebensowenig zwischen Vollendung des 12. und des 18. Lebensjahres, wenn der Minderjährige die zur Erkenntnis der Bedeutung der Einwilligung erforderliche Einsicht nicht besitze. Auf die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit könne dabei jedenfalls nicht abgestellt werden[9].

Ungelöst blieben damit die zwei wichtigsten Fragen - ist die Einwilligung des Verletzten ein Rechtsgeschäft oder nicht; ist für sie volle Geschäftsfähigkeit erforderlich oder welche anderen Grenzen gelten hier.

Beide Fragen werden durch den Grundsatz "Volenti non fit iniuria" nicht beantwortet, sondern aufgeworfen[10]. Linckelmann nimmt zu ihnen bereits Stellung; er forderte die scharfe Absonderung der Einwilligung des Verletzten von der Kategorie des Rechtsgeschäftes[11], denn die Einwilligung des Verletzten sei eine Willensäußerung, welche den durch den Wortlaut angezeigten Inhalt habe, sie sei Genehmigung der Verletzung oder Gestattung, daß ein den Einwilligenden schädigender Erfolg bewirkt werde[12]. Es handle sich nicht um ein Rechtsgeschäft, da die Einwilligung nicht auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtet sei, durch sie werde weder ein Rechtsverhältnis begründet, verändert noch aufgehoben, es finde auch nicht die Übertragung eines Rechtes statt[13]. Es handle sich um keine Verfügung, noch gehe der Gestattende eine Verpflichtung ein, sich die Schädigung gefallen lassen zu müssen[14]. Die Einwilligung sei eine Willenserklärung rein tatsächlicher Natur, welcher die Rechtsordnung gleichgültig gegenüberstehe[15]. Der Eingriff werde durch

9) Prot. II, 633, 634.
10) Zu der beschränkten Bedeutung dieses Satzes vgl. auch v. Liszt-Schmidt, § 35 IV, S. 217, Fußnote 11; Maurach, § 28 I 1, S.283: der Satz ist nicht "über die Bedeutung eines Schlagwortes mit sehr begrenzter rechtlicher Tragweite hinausgekommen"; Lehmann in HdR Bd. II, S. 212: "... nur als Prinzip anzuerkennen ...".
11) Linckelmann, S.81; er stützt sich dabei stark auf die strafrechtliche Arbeit von Keßler, vgl. unten § 4 I 1, S.48 ff.
12) Linckelmann, S. 77.
13) A.a.O., S. 80
14) A.a.O., S. 81
15) A.a.O., S. 80

diese Gestattung lediglich nicht widerrechtlich, aber nicht rechtmäßig; es handle sich hier nämlich um einen schwächeren Rechtfertigungsgrund, der nur negativ die Rechtswidrigkeit ausschließe; die positive Wirkung, ein Recht zum Eingriff für den Handelnden zu erzeugen, habe er nicht[16]. Aus der Tatsache, daß hier kein Rechtsgeschäft vorliege, ergebe sich, daß die Geschäftsfähigkeitsgrundsätze unanwendbar seien; vielmehr werde die Einwilligungsmündigkeit analog den §§ 827, 828 BGB festgesetzt werden müssen. Denn wer für die Verletzung fremder Rechte verantwortlich gemacht werde, müsse auch über die Verletzung eigener Rechte entscheiden können[17].

Die nächste Arbeit, aus der sich die Einordnung der Einwilligung des Verletzten in die Kategorie der Rechtshandlungen[18] ergibt, ist E l t z b a c h e r s großangelegter Versuch, ein System für alles rechtswirksame Verhalten aufzustellen[19]. Sein Ausgangspunkt war folgender. In den Motiven wurden den Rechtsgeschäften, als den Handlungen mit Rechtsfolgen, die eintreten, weil sie gewollt sind, diejenigen Handlungen gegenübergestellt, an welche sich Rechtswirkungen anschließen, für deren Eintritt nach der Rechtsordnung gleichgültig ist, ob sie von dem Handelnden gewollt oder nicht gewollt sind. Diese wurden Rechtshandlungen genannt[20]. Ausgenommen aus dieser Gruppe wurden als eigenes Gebiet die unerlaubten Handlungen.

Die Ausgestaltung des Begriffs der Rechtshandlung und die Frage, wieweit Vorschriften über Rechtsgeschäfte auf Rechtshandlungen anwendbar seien, überließen die Schöpfer des BGB der Wissenschaft[21].

Hier setzte Eltzbacher an. Er versuchte, die von ihm als "unbrauchbare Zusammenfassung"[22] bezeichnete Kategorie der "Rechtshandlungen" aufzulösen und in Einzelgruppen zu zerlegen.

---

16) Linckelmann, S. 71,72.
17) A.a.O., S. 81.
18) Ausdrücklich von "Rechtshandlungstheorie" wird in diesem Zusammenhang erst später gesprochen, erstmals wohl bei Manigk, System, IherJ. 83, 27, Fußnote 1.
19) Eltzbacher, Handlungsfähigkeit (1903).
20) Mot.I, 127; vgl. weiter vor allem Manigk, HdR Bd.II, S.654 ff. (Rechtshandlungen).
21) Mot., a.a.O., und Prot. I, 55 und 127.
22) Eltzbacher, S. 11.

Folgende von seinen Gedanken sind dabei für unser Thema wichtig:

Der Willenserklärung als dem Grundelement und häufig einzigen Bestandteil des Rechtsgeschäftes, die er als "maßgebende private Willensäußerung" charakterisiert, stellt er alles rechtmäßige Verhalten gegenüber, das nicht W i l l e n s e r k l ä r u n g ist. Dieses bezeichnet er insgesamt als "unmaßgebliches Verhalten"[23].

Innerhalb dieser Gruppe, die etwa dem Gebiet entspricht, das sonst mit "Rechtshandlungen" bezeichnet wird, unterscheidet er:
unmaßgebliche private W i l l e n s ä u ß e r u n g e n,
unmaßgebliche private Gefühls- und Vorstellungsäußerungen,
private Handlungen ohne Äußerungsgehalt etc.[24].
Dabei steht die erstgenannte Gruppe den Willenserklärungen am nächsten, die folgenden werden ihr immer unähnlicher[25].

Unter den vielen Einzelinstituten, die Eltzbacher untersucht und einordnet, findet sich die Einwilligung des Verletzten allerdings nicht ausdrücklich. Sie kann aber nach seiner Systematik offensichtlich nur in die von ihm behandelte Kategorie: "Erlaubnisse" gehören. Diese definiert er als das "äußern, daß ein anderer etwas tun oder lassen soll, wenn es ihm beliebt"[26].

Eltzbacher ist der Ansicht, man sehe sofort, daß die Erlaubnisse keine Willenserklärung seien. Zu einer solchen gehöre, daß die Äußerung eines auf eine bestimmte Rechtsfolge gerichteten Willens eben diese Rechtsfolge herbeiführe. Werde gar nicht der Wille geäußert, daß eine Rechtsfolge eintreten soll, sondern nur, daß jemand, wenn es ihm beliebe, etwas tun oder lassen soll, so könne die hieran geknüpfte Rechtsfolge unmöglich aus der Äußerung ihren Inhalt entnehmen, wie dies bei Willenserklä-

23) Mit Recht kritisch gegenüber dieser unglücklichen Begriffsbildung für die Kategorie des Verhaltens, das Rechtsfolgen nach sich zieht, ohne daß sie gewollt sind: Oertmann, Einführung vor §§ 104 ff.,Anm.1, S.316.
24) Dieses System ist bei Eltzbacher, S. 161, wiedergegeben, seine Entwicklung S.121-161.
25) A.a.O., S.161.
26) A.a.O., S. 186; auf das Verhältnis der außer "Einwilligung" für unser Institut auch benutzten Begriffe Erlaubnis, Gestattung, Ermächtigung etc. zueinander wird später noch eingegangen werden.

rungen der Fall sei.

Er ordnet die Erlaubnisse dementsprechend - zusammen mit Verboten und Aufforderungen - unter "auf fremdes Tun oder Lassen gerichtete Äußerungen" ein, die bei ihm eine Untergruppe der erwähnten "unmaßgeblichen privaten Willensäußerungen" sind[27].

Zur gleichen Zeit vertritt auch E n d e m a n n die Auffassung, es handle sich bei der Einwilligung des Verletzten nicht um ein Rechtsgeschäft, es müsse aber "entsprechende Verkehrsfähigkeit" gefordert werden[28].

2. Die grundlegende Darstellung des entgegengesetzten Standpunktes, der Rechtsgeschäfts-Theorie, gab Z i t e l m a n n im Jahre 1906[29].

Er stellt zu Beginn fest, daß die Frage nach den Rechtswidrigkeits-Ausschlußgründen bis dahin sehr intensiv im Strafrecht behandelt worden sei, während das Privatrecht sich fast vollständig von den "Brocken der Strafrechtsliteratur" nähre[30].

Zunächst unterscheidet auch er - eingehender als Linckelmann[31] - schwächere Rechtfertigungsgründe, die nur negativ die Rechtswidrigkeit ausschließen, und stärkere, die eine positive Befugnis zum Handeln verleihen. Nur die zweite Gruppe m ü s s e für alle Rechtsteile wirken: die Rechtsordnung könne nicht mit sich selbst in Widerspruch stehen und an einer Stelle erlauben, an anderer dasselbe verbieten. Abweichend von Linckelmann ordnet er das Handeln auf Grund Einwilligung des Verletzten den Fällen ausgeschlossener Rechtswidrigkeit kraft positiver, eigener Befugnis zu[32].

Weiter führt er aus, daß man angesichts des Schweigens unseres Gesetzbuches über die Einwilligung ihre Wirksamkeit aus irgendeinem allgemeineren positivrechtlichen

---

27) A.a.O., S. 186.
28) Endemann, § 846, Anm. 14, S. 427.
29) Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99, 1 ff.- Zuvor hatte bereits Planck, 1./2. Aufl., § 823, Anm. 2 b, die Rechtsgeschäftstheorie vertreten; später rückte er jedoch von dieser eindeutigen Auffassung ab, vgl. unten, S. 26.
30) A.a.O., S. 1; zur strafrechtlichen Literatur vgl. unten § 4 I, S. 48 ff.
31) Vgl. oben S.19.
32) A.a.O., S. 21-23.

Grundsatz herleiten müsse und fährt fort:

> "... und da meine ich: als solcher bietet sich lediglich der Grundsatz über Rechtsgeschäfte dar, der Satz nämlich, daß im Privatrecht die Person die Macht hat, ihre Rechtsverhältnisse zu gestalten: durch die Einwilligung wird die Rechtswidrigkeit dann und nur dann ausgeschlossen, wenn die Einwilligung sich als ein auf diesen Ausschluß gerichtetes Rechtsgeschäft des Rechtsinhabers - so will ich den Inhaber des Rechts oder des geschützten Rechtsgutes, in das eingegriffen wird, kurz nennen - erweist."[33]

Zur Begründung führt er an, daß der Charakter der Einwilligung des Verletzten als Willenserklärung nie habe übersehen werden können. Wenn gleichwohl behauptet worden sei, daß es sich nicht um ein Rechtsgeschäft handle, sondern um eine Willenserklärung rein tatsächlicher Art - so Linckelmann -, dann beruhe das auf der unrichtigen Annahme, die "juristische Absicht" beim Rechtsgeschäft müsse eine juristisch ausgeprägte sein. Es genüge aber, wenn die Absicht auf einen gewissen tatsächlichen Erfolg gehe, sofern der Handelnde diesen nur zugleich als einen rechtlich bedeutsamen wolle[34]. Der Einwilligende wolle nun dem Handelnden die Befugnis einräumen, die Handlung vorzunehmen - strenger juristisch gefaßt: er wolle jenem ein subjektives Recht zu dieser Handlung, ein Ermächtigungsrecht, geben[35].

Im einzelnen führt Zitelmann aus, es handle sich dabei um ein einseitiges Rechtsgeschäft[36], das als Gestattung wirke. Einer ausdrücklichen Sanktion im Gesetz bedürfe es zum Beweise ihrer Rechtsgeschäftsqualität nicht, da bei einer Reihe der wichtigsten Rechtsgeschäfte bekanntlich eine solche Sanktion fehle; selbst für die obligatorischen Verträge sei sie nicht ausgedrückt, sondern im § 305 BGB vorausgesetzt[37].

Ob die Einwilligung allein oder im Rahmen eines anderen Rechtsgeschäftes - insbesondere eines Vertrages - erteilt werde, sei gleichgültig; sie müsse im zweiten Falle von letzterem unterschieden werden. Alle Erfordernisse, die

---

33) A.a.O., S. 48.
34) A.a.O., S. 51.
35) A.a.O., S. 55, 56.
36) A.a.O., S. 59, 60.
37) A.a.O., S. 58.

das Gesetz für Rechtsgeschäfte aufstelle, müsse sie erfüllen[38]; auch die volle Geschäftsfähigkeit sei erforderlich[39], da der Einwilligende durch die Einwilligung nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlange (§ 107 BGB). Der beschränkt Geschäftsfähige bedürfe daher der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters; dieser könne sie auch allein für den beschränkt Geschäftsfähigen oder Geschäftsunfähigen erteilen. Das sei - insbesondere z.B. bei ärztlichen Operationen - allerdings nur in den Grenzen seines Fürsorgerechtes möglich. Es sei zwar zweifelhaft, welches diese Grenzen seien; das betreffe aber nicht die Einwilligungsfrage, sondern die Frage nach dem Inhalt des Fürsorgerechtes überhaupt[40].

Außer B i e r m a n n[41] schließt sich mit Nachdruck etwas später H.A. F i s c h e r der Zitelmann'schen Rechtsgeschäftstheorie an[42]. Jedoch erkennt er bereits, daß das strikte Festhalten am Erfordernis der Geschäftsfähigkeit beim Einwilligenden zu Schwierigkeiten führt[43]. Er geht zwar auch davon aus, daß grundsätzlich bis zur Volljährigkeit des "Verletzten" der Inhaber der elterlichen Gewalt als Ausfluß seines Fürsorgerechtes die erforderliche Einwilligung allein zu geben vermag. Danach kommt er aber auf solche Fälle zu sprechen, wo das zu unannehmbaren Ergebnissen führt. Solle z.B., so fragt er, die zwanzigjährige Tochter einem geschickten Spezialarzt, gegen den sie eine unüberwindliche Abneigung habe, auf Gnade oder Ungnade ausgeliefert sein? Die Folgerungen würden bei einem tatsächlichen Widerstand des Mädchens hart sein: denn da der Arzt in Ausübung seines durch die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erteilten Ermächtigungsrechtes handele, wäre das Verhalten der voll strafmündigen Tochter rechtswidrig und sie würde für jede Verletzung des Arztes straf- und zivilrechtlich

38) A.a.O., S. 48-50, 61.
39) A.a.O., S. 62.
40) A.a.O., S. 62, 63.
41) Biermann, § 89 3 c, S. 322.
42) Fischer, insbesondere S. 271 ff. - ebenso offenbar auch noch Staudinger-Engelmann, Schuldverhältnisse, § 823, Anm. II B 5, S. 1782.
43) A.a.O., S. 276 - nach Wiedergabe der Ansicht Zitelmanns und der damaligen Auflage des Planck'schen Kommentars: "Hier scheinen die Schwierigkeiten, obschon zwischen den Zeilen angedeutet, doch geringer angeschlagen zu sein, als sie in Wirklichkeit sind."

verantwortlich zu machen sein. Überhaupt könnten im Einzelfall leicht die Grenzen des Fürsorgerechtes überschritten werden. Es sei offenbar, daß die Gegner der Rechtsgeschäftsnatur der Einwilligung diesen Schwierigkeiten zu entgehen suchten[44]. Zwar könne in Fällen des Mißbrauches der elterlichen Gewalt das Vormundschaftsgericht eingreifen, bis zu diesem Einschreiten zeige aber die elterliche Gewalt gerade auf rechtsgeschäftlichem Gebiet ihre volle Kraft[45].

Fischer ist der Ansicht, alle diese Schwierigkeiten seien dahin zu lösen, daß zwar an der rechtsgeschäftlichen Natur der Einwilligung festgehalten werden müsse, sie aber nicht schablonenmäßig nach den Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit behandelt werden dürfe. Er schlägt vor, daß von einem im Einzelfall und nach konstanter Praxis zu bestimmenden Alter des Kindes an der gesetzliche Vertreter nicht ohne Zustimmung des Kindes die Einwilligung erteilen dürfe. Diese Einschränkung, so führt er weiter aus, könne um so eher gemacht werden, als man durch positive Vorschriften nicht bevormundet sei, und es andererseits dem Geiste unserer Gesetzgebung entspreche, auch dem Minderjährigen schon in wichtigen Lebensangelegenheiten, sei es mitbestimmend entscheiden zu lassen (§§ 1728 Abs. 2, 1750 - heute 1729, 1751 - BGB, auch § 59 FGG), sei es ihn wenigstens in solchen Angelegenheiten zu hören (§ 1827 Abs. 2 BGB). Auch sei - obzwar nicht ausschlaggebend - zu berücksichtigen, daß der § 65 StGB dem Verletzten das Antragsrecht nicht erst mit der Volljährigkeit, sondern bereits mit dem vollendeten achtzehnten Lebensjahr einräume[46].

3. Es folgen Autoren, die eine Mittelmeinung vertreten. So geht v o n T u h r[47] einen Schritt in Richtung auf die Rechtshandlungstheorie.

Nachdem er zunächst den Satz "volenti non fit iniuria" aus dem Wesen des subjektiven Rechts ableitet, qualifiziert

---

44) Fischer, S. 276.
45) A.a.O., S. 277.
46) A.a.O., S. 277, 278.
47) v. Tuhr, Bd. II 2, § 85 IV 2 u. 4, S. 466 ff.

er die Einwilligung des Verletzten als Rechtsgeschäft oder, "wenn man daran Anstoß nimmt, daß die Absicht des Einwilligenden oft nur auf den tatsächlichen Erfolg gerichtet ist, jedenfalls eine Rechtshandlung, auf welche das Recht der Rechtsgeschäfte analog anzuwenden ist".[48]

Sie sei nahe verwandt mit der Einwilligung zu Rechtsgeschäften, §§ 182 ff. BGB, insbesondere zu Verfügungen, § 185, aber nicht mit ihr identisch, weil die tatsächlichen Maßregeln, zu denen sie ermächtige, keine Verfügung seien. Durch diese Einwilligung entstehe ein Eingriffsrecht des Gegners. Durch die Ausübung solcher Eingriffsrechte - der Ausdruck: Eingriffsbefugnisse wird auch, und zwar offenbar synonym, benutzt - werde die sonst nach allgemeinen Grundsätzen vorliegende Rechtswidrigkeit des Handelns ausgeschlossen[49].

Hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit unterscheidet von Tuhr: während er im allgemeinen Volljährigkeit für selbständige Einwilligung verlangt, läßt er bei Eingriffen in die körperliche Integrität auch die Einwilligung eines beschränkt Geschäftsfähigen dann genügen, wenn er vermöge seiner geistigen Beschaffenheit die Bedeutung des Eingriffs zu ermessen imstande ist. Er begründet diese Ansicht damit, daß es sich hier um ein Rechtsgeschäft handele, das, ohne dem Minderjährigen einen rechtlichen Vorteil zu bringen, keinerlei nachteilige Folgen auf sein Vermögen ausübe. Nur nach dem Wortlaut des § 107 BGB schienen solche Rechtsgeschäfte dem Erfordernis der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zu unterliegen, nicht aber nach dem Zweck dieser Vorschrift: Schutz des Minderjährigen gegen Benachteiligung[50].

O e r t m a n n folgt grundsätzlich der Rechtsgeschäftstheorie, will aber wohl Ausnahmen von der generellen Einwilligungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters eines nicht voll Geschäftsfähigen zulassen[51]. Andernorts scheint er allerdings zumindest die Einwilligung zur Operation zu den Rechtshandlungen zu zählen, auf die

48) A.a.O., S. 467.
49) A.a.O., S. 467 i.V.m. Bd. I, § 8 IV, S. 179.
50) A.a.O., S. 468 i.V.m. Bd. II 1, § 59 IV, S. 341, 343.
51) Oertmann Bd. II, § 823 Anm. 7 d, S. 1396, 1397.

§ 107 BGB aber analog anzuwenden sei; dort bemerkt er, daß diese Einwilligung durch § 107 BGB "wohl nicht gedeckt" werde[52].

L e o n h a r d [53] und L e h m a n n [54] folgen völlig Zitelmanns Rechtsgeschäftstheorie; Lehmann meint jedoch - ganz entsprechend Zitelmanns Gedanken über eine gewisse Selbständigkeit der Rechtsgebiete -, innerhalb des Strafrechts könne weitergehend als im Zivilrecht die Widerrechtlichkeit eines Eingriffs auch schon in Analogie zur Antragsmündigkeit durch Einwilligung eines Minderjährigen, der das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, ausgeschlossen werden[55].

Bei P l a n c k [56] heißt es wieder - ähnlich wie bei v. Tuhr -, die Einwilligung des Verletzten sei ein einseitiges Rechtsgeschäft oder, soweit die Absicht des Einwilligenden nur auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet sei, eine Rechtshandlung, auf die die Vorschriften über Rechtsgeschäfte - und zwar speziell solche, die die Aufhebung von Rechten zum Inhalt hätten - entsprechend anzuwenden seien. Dementsprechend sei insbesondere auch volle Geschäftsfähigkeit erforderlich[57].

Entgegen von Tuhr meint Planck aber, hiervon seien keine Ausnahmen zulässig, auch nicht auf dem Wege über § 107 BGB. Zwar könnten gewisse Rechtsgeschäfte nach ihrer Eigenart dem Gesichtspunkt des rechtlichen Vorteils nicht unterstellt werden. Dazu gehöre neben familien- und erbrechtlichen Geschäften z.B. auch die Einwilligung zu einer Operation eines Minderjährigen, da es sich hierbei um eine Verfügung über die körperliche Integrität handele. Daraus folge aber zunächst nur, daß es der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedürfe, nicht das Gegenteil. Selbst wenn die Einwilligung nicht als Rechtsgeschäft zu betrachten wäre, müsse man im Wege analoger Rechtsanwendung zum gleichen Ergebnis kommen, und zwar sowohl wegen der Bedeutsamkeit der Entscheidung für den

52) Oertmann Bd. I, § 104 Anm. 3 d, S. 347, 348.
53) Leonhard, § 329, S. 604.
54) Lehmann, "Einwilligung", in HdR Bd. II, S. 210 ff.
55) A.a.O., S. 212.
56) Planck-Flad Bd. II 2, § 823, Anm. B II 3 c, S. 1730 f.
57) A.a.O., S. 1731.

Minderjährigen als auch wegen des dem gesetzlichen Vertreter zustehenden Personensorgerechts. Ein innerer Grund dafür, gerade auf diesem Gebiet dem Minderjährigen ein Selbstbestimmungsrecht einzuräumen, sei nicht abzusehen und die Entscheidung im Einzelfalle von einer immerhin zweifelhaften, sei es dem Arzt, sei es dem gesetzlichen Vertreter anheimgestellten Beurteilung der Reife des Patienten abhängig zu machen, würde dem Interesse aller Beteiligten nicht gerecht werden. Er schließt die Ausführungen hierüber mit der Feststellung, daß bei gerechtfertigter Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zu einem Eingriff der Widerspruch des Minderjährigen unbeachtlich sei[58].

Die hiernach bestehende Unsicherheit im zivilistischen Schrifttum dürfte weitgehend auf eine stärkere Berücksichtigung strafrechtlicher Gedanken zurückzuführen sein. In der strafrechtlichen Literatur wurden nämlich fast durchweg und unbeirrbar alle zivilistischen Konstruktionen - insbesondere die Rechtsgeschäftstheorie und das Geschäftsfähigkeitserfordernis - zurückgewiesen, was mit der völligen Unvergleichbarkeit des Rechtfertigungsgrundes: Einwilligung zu Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit mit den zivilistischen Kategorien "Rechtsgeschäft", "Verfügung" usw. begründet wurde[59]. Während man sich diese Gesichtspunkte vor Zitelmann und Fischer bei nicht allzu eingehender Betrachtung noch guten Gewissens zu eigen machen konnte, war das aber jetzt nicht mehr leicht möglich. Das Ergebnis ist eine Vielzahl verschiedener Kompromißversuche und divergierender Ansichten über Wesen und Voraussetzung der Einwilligung des Verletzten, insbesondere über die Frage der Altersgrenze.

4. Diesen Auffassungen folgen Untersuchungen, die wieder eindeutige Stellungnahmen enthalten. Jetzt wird eine klare Rechtshandlungstheorie vertreten.

Der erste, der nunmehr - soweit ersichtlich - von der verbreiteten Übung abgeht, die Einwilligung des Verletzten

58) Planck-Flad, Bd. I, § 107, Anm. I 2 u. 4, S. 243,245.
59) Vgl. unten § 4, S.48.

zwar teilweise als Rechtsgeschäft, u.U. aber auch als Rechtshandlung zu charakterisieren, ist Philipp H e c k : er stellt eindeutig fest, sie sei nicht als Rechtsgeschäft zu betrachten[60]. Da dies im Rahmen eines allgemeinen Lehrbuches geschieht, folgt allerdings weiter keine Begründung.

Eingehend begründet dann M a n i g k [61] die Rechtshandlungstheorie. Seine Bemühungen galten vor allem einem lückenlosen System des rechtswirksamen Verhaltens. In seinem letzten umfangreichen Werk, in dem er die endgültige Fassung dieses Systems entwickelt und begründet[62], ordnet er auch die Einwilligung des Verletzten in eine bestimmte Gruppe von Rechtshandlungen ein.

Nach Manigk unterteilen sich die rechtmäßigen Akte in drei große Gruppen: Rechtsgeschäfte, typisierte Erklärungen und Rechtshandlungen. Diese bestehen wieder aus drei Untergruppen: 1. Rein äußere Handlungen,
2. Innere Tatsachen ausdrückende Handlungen,
3. Mitteilungen an einen Adressaten[63].

Zur Untergruppe 2 zählt Manigk die Einwilligung des Verletzten neben Wohnsitzbegründung, Verzeihung und Geschäftsführung ohne Auftrag[64]. Er geht von der strafrechtlichen Willensrichtungstheorie aus[65], nach der eine Erklärung der Einwilligung nicht erforderlich ist, weil nach dieser Theorie schon das rein innerliche Einverständnis die tatbestandsmäßige Handlung des Eingreifenden als nicht gegen den Willen des Verletzten gerichtet erscheinen läßt, so daß die Rechtswidrigkeit entfällt[66].

Manigk fährt fort, die Rechtsnatur dieser Einwilligung könne "hinsichtlich der strafrechtlichen und der privatrechtlichen Einwirkung nur dieselbe" sein. Es genüge also auch zivilistisch das bloße wirkliche Einverständnis, ohne daß eine Erklärung erforderlich sei[67].

---

60) Heck, § 146, 2 c, S. 441.
61) Bereits in System, IherJ. 83, 1 ff. (1933) auf S. 27, Fußnote 1 angedeutet; ausführlich in: Das rechtswirksame Verhalten (1939), S. 508 ff.
62) Das rechtswirksame Verhalten.
63) A.a.O., S. 466, 467.
64) A.a.O., S. 508.
65) So schon System, IherJ. 83, 27 Fußnote 1.
66) Vgl. auch unten § 4 I 1., S. 59, Fußnote 54.
67) Das rechtswirksame Verhalten, S. 509.

Insoweit geht Manigk - von strafrechtlichen Gedanken beeinflußt - weiter als die bisherigen bürgerlich-rechtlichen Beiträge zur Rechtshandlungstheorie, in denen die Einwilligung als eine - wenn auch "tatsächliche" - Willens e r k l ä r u n g angesehen wurde[68]. Der Sinn der Einwilligung des Verletzten, so führt Manigk weiter aus, sei das Einverstandensein mit der verletzenden Handlung.

Die Rechtsgeschäftstheorie führe hier auf den Abweg zu weitgehender Bedingungen für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit[69].

Es sei übersehen worden, so meint Manigk weiter kritisch gegenüber der Rechtsgeschäftstheorie, daß es sich bei der im § 182 BGB behandelten Einwilligung um die Zustimmung zu den Rechtsfolgen eines Rechtsgeschäftes handele. Diese Einwilligung erfordere tatbestandsmäßig, daß der Erklärende seinen Zustimmungswillen auf die Rechtsfolgen des Hauptgeschäftes richte, z.B. die schuldrechtlichen Folgen eines ohne Zustimmung abgeschlossenen Kaufvertrages[70]. D a h e r [71] sei die Zustimmung des § 182 BGB selbst Rechtsgeschäft und unterstehe den Normen der Rechtsgeschäfte, also auch der Geschäftsfähigkeit, und würde wegen Irrtums über das Hauptgeschäft anfechtbar sein, andererseits aber auch angefochten werden müssen, um die Zustimmungswirkung und damit weiterhin die Gültigkeit des Hauptgeschäftes aufzuheben.

Dagegen richte sich die Einwilligung des Verletzten in den meisten hier behandelten Fällen durchaus nicht auf die R e c h t s f o l g e n d e s f r e m d e n V e r h a l t e n s , sondern auf dieses in seiner Tatsächlichkeit selbst und auf seine tatsächlichen Wirkungen. Der Einwilligende brauche dabei nicht an die R e c h t s f o l g e d e r E i n w i l l i g u n g - Ausschluß der Widerrechtlichkeit - zu denken, da diese objektiv auf Grund der Einwilligung eintrete.[72]

---

68) Vgl. oben S. 18.
69) Das rechtswirksame Verhalten, S. 509.
70) Nur der Ordnung halber: die Zustimmung in diesem Beispiel wäre eine Genehmigung.
71) Sperrung vom Verf.
72) Das rechtswirksame Verhalten, S. 509.

Manigk führt dann noch aus, wenn auch keine Erklärung, überhaupt nicht einmal eine Kundgebung erforderlich sei, so müsse das Einverstandensein doch in irgendeiner Weise zur Tat werden - und sei es durch Unterlassen -, um rechtserheblich zu sein, weil die emotionale Entscheidung auch psychologisch erst in der Ausübung vollendet sei[73]. Auf die Erörterung dieser problematischen Frage, zu der sich Manigk durch seine Ansicht genötigt sieht, braucht hier nicht eingegangen zu werden.

Eine Reihe von Gedanken zu unserem Thema findet sich dann in der Dissertation von G e e r d s "Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht", und zwar in deren drittem Teil "Der zustimmende Wille im Zivilrecht".[74]

Geerds unterscheidet zivilrechtlich die Rechtfertigung des Eingreifenden auf Grund Einräumung eines subjektiven Privatrechtes durch den "Verletzten" - dies nennt er "Gestattung"[75] - von den Fällen, in denen die Rechtfertigung ohne Begründung eines solchen Rechtes eintritt, wofür er den Begriff "tatsächliche Erlaubnis" benutzt[76]. Diese Benennung wählt er, um die gemeinten Fälle, in denen sich der zustimmende Wille auf tatsächliche Handlungen bezieht, sowohl von der Einwilligung nach §§ 182 ff. BGB, die sich auf Rechtsgeschäfte bezieht, als auch von der strafrechtlichen "Einwilligung des Verletzten" zu unterscheiden[77].

Bei der Erörterung der "Gestattung" führt er aus, daß für diese die Fälle ausschieden, in denen verletzende Handlungen unmittelbar gegen die Person vorgenommen würden, weil Rechtsgeschäfte, die ein Eingriffsrecht in den menschlichen Körper gewährten, nicht denkbar seien[78].

---

73) A.a.O., S. 509, 510.
74) Zu Beginn dieses Teiles - S. 210 - schreibt Geerds, dessen Arbeit zum weitaus überwiegenden Teil strafrechtlichen Fragen gilt: "Eine umfassende Untersuchung vom Standpunkt des bürgerlichen Rechts aus kann nur die ... Aufgabe einer besonderen Arbeit sein."
75) A.a.O., S. 217 ff.
76) A.a.O., S. 226 ff.
77) A.a.O., S.226 u.230; die zweite Unterscheidung hält Geerds für erforderlich auf Grund der - von ihm ganz allgemein für unerläßlich notwendig gehaltenen und immer wieder betonten - "scharfen Trennung" von Zivil- und Strafrecht auch für unsere Frage (vgl.z.B.S.208 u.ö.).
78) A.a.O., S. 221

Damit fällt unsere Einwilligung in seine Gruppe der "Erlaubnisse". Geerds ist der Ansicht, diese könnten keine Rechtsgeschäfte sein, weil sie sich nur auf tatsächliche Erfolge bezögen und keine Eingriffsrechte begründeten. Sie seien aber auch keine Rechtshandlungen, weil der zustimmende Wille keine Rechtswirkung hervorrufe, ebensowenig schließlich Realakte[79], weil die Wirkung an die Tat des Schädigers - also nicht des Einwilligenden - anknüpfe. Dennoch sei die Erlaubnis, wie ihr strafrechtliches Gegenstück, die Einwilligung des Verletzten, ein einseitiger, r e c h t s g e s c h ä f t s ä h n l i c h e r[80] Wille, durch den die Rechtswidrigkeit der Tat gegenüber dem Geschädigten ausgeschlossen werde[81].

Die Rechtshandlungstheorie vertreten nunmehr weiterhin L a r e n z[82], S o e r g e l - S i e b e r t[83] und offenbar auch der Reichsgerichtsräte-Kommentar[84] sowie S t a u d i n g e r - C o i n g[85] und P a l a n d t[86]. Die Rechtsgeschäftstheorie findet sich dagegen nur noch bei E r m a n[87] und im Lehrbuch von E n n e c c e r u s[88].

---

79) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 137 III u. IV, S.862 ff.; Palandt-Danckelmann, Überblick vor §§ 104 ff.,Anm.1, für die hier zugrunde gelegte, heute gebräuchliche - von Manigks System (vgl. oben S. 28) abweichende - Einteilung des rechtmäßigen Handelns in Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, wobei diese wieder in geschäftsähnliche Handlungen (diese Untergruppe meint Geerds offenbar, wenn e r das Wort "Rechtshandlungen" benutzt) und Realakte unterteilt werden.

80) Sperrung vom Verf.

81) Geerds, Dissertation, S.231,232; er folgt hier offensichtlich weitgehend Honigs ausführlicher Arbeit, vgl. unten § 4 I 1, S. 56.

82) "Geschäftsähnliche Willenserklärung, auf die die Vorschriften über Rechtsgeschäfte nur entsprechend anzuwenden sind" →(also wohl auch das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit; d.Verf.) Larenz, Bd. II, § 66 Ie 1, S. 431.

83) Soergel-Siebert, § 107, Anm. 2., S. 365.

84) BGB-RGRK, § 106, Anm. 2: "Bei Verfügungen (des Minderjährigen; d.Verf.) über die Person dagegen können die sachenrechtlichen Grundsätze nicht einmal entsprechend anwendbar sein, weil das Erfordernis der Rechtsähnlichkeit der Fälle fehlt."- Die Einwilligungsfähigkeit sei von Fall zu Fall zu prüfen.

85) Staudinger-Coing, Allgemeiner Teil, § 107, Anm. 11, Randnote 8: § 107 könne auf die Einwilligung zu Eingriffen in die Person des Minderjährigen, insbesondere einer Operation, nicht e n t s p r e c h e n d angewandt werden.

86) Palandt-Danckelmann, § 107, Anm. 3.

87) Erman, § 823, Anm. 10 c, S. 1122.

5. Nach dem Erlaß des Grundgesetzes haben sich vom V e r f a s s u n g s r e c h t her neue Gesichtspunkte für die Einwilligung des Minderjährigen entwickelt. Eine z.T. neuartig begründete Lösung für die Frage der Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger findet sich in Hildegard K r ü g e r s Untersuchung der Umgestaltung des Kindschaftsrechts durch das Grundgesetz[89].

Hildegard Krüger geht davon aus, daß nicht nur Art. 3 Abs. 2 GG das zivilrechtliche Familienrecht geändert, sondern die Gesamtheit der Grundrechte eine solche Änderung bewirkt habe. Das folge aus der Natur des GG als höchstrangigem Gesetz, weiter aber auch aus Art. 1 Abs. 2, der die Grundrechte als vorstaatliche und übergesetzliche Menschenrechte und Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, deren kleinste Zelle nun einmal die Familie sei, anerkenne und an sie gemäß Abs. 3 Gesetzgebung vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als an unmittelbar geltendes Recht binde. Äußerer Ausdruck der Höherrangigkeit des GG und der Abhängigkeit des BGB von ihm sei Art. 123 Abs. 1 GG; danach gelte das BGB nämlich überhaupt und nur in dem Umfange fort, "soweit es dem Grundgesetz nicht widerspricht". Diese "Widersprüche" zum GG fielen angesichts der detaillierten Regelung des BGB einerseits und der generalklauselartigen Gestalt der Grundrechte andererseits nicht sofort ins Auge wie bei anderen Rechtsmaterien. Sie seien aber vorhanden[90].

Weiter führt sie aus, nicht das Problem der Privatautonomie, deren Fundament Art. 2 Abs. 1 GG sei und deren Schutz vor "Wesensantastung" Art. 19 Abs. 2 GG garantiere,

88) Enneccerus-Nipperdey, § 210 II 3, S. 921 und § 151 II 1 e, S. 633 (so 14. Aufl.; schwankend hinsichtlich der Rechtsgeschäftsnatur unter Beibehaltung des Geschäftsfähigkeitserfordernisses seit der 15.Aufl.: § 151 II 1 e, S. 933, Fußnote 11 u. § 212 II 3,S.1314, Fußnote 9; Enneccerus-Lehmann, § 231 III 3, S.932; ohne Stellungnahme (nur Wiedergabe des Streites über die Altersgrenze) Lehmann, Allgemeiner Teil, § 40 III 3, S. 326; ausdrücklich offenlassend § 15 II 1, S.102.

89) Gleichberechtigungsgesetz, Einleitung, Randnoten 164 ff. und 278 ff., S. 115 ff. u. 191 ff.

90) A.a.O., Einleitung, Randnote 164, S. 115.

tauche bei der Integration der Grundrechte im Familienrecht auf, sondern das Problem, wie Art. 1,2 und vor allem Art. 6 Abs. 2, 4 und 5 auf die Ehe und einzelne familienrechtliche Institute, z.B. auf die gesetzliche Vertretung, ihren Einfluß ausübten, ferner das Problem der Grundrechtsverwirkung im "Gewaltverhältnis", wie es im Verhältnis zwischen Vormund und Mündel, Eltern und Kind bestehe[91].

Der Gesetzgeber habe bei der Abänderung des BGB durch das Gleichberechtigungsgesetz auch die Pflicht gehabt, das Kindschaftsrecht abzuändern, sei dieser Pflicht aber nur ungenügend nachgekommen.

Das Kindschaftsrecht sei von den Eltern her gesehen aus Art. 6 Abs. 2, 7 Abs. 2 und 3 Abs. 2, vom Kind her gesehen aus Art. 1 und 2 Abs. 1 GG zu entwickeln gewesen.

Gemäß Art. 6 Abs. 2 sei das Kindschaftsverhältnis in stärkerer Betonung der P f l i c h t vor dem Recht als elterliches F ü r s o r g everhältnis, nicht als elterliche G e w a l t zu entwickeln gewesen. Andererseits gebiete das GG in den Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs.2 die Rücksichtnahme auf die Persönlichkeit des "Kindes" - auch des unmündigen Kindes - und seine Würde.

Der Gesetzgeber hätte daher die Regelung des BGB mit der beschränkten Geschäftsfähigkeit und der gesetzlichen Vertretung insbesondere auch im Hinblick auf die Art. 2 Abs. 1 und 1 Abs. 2 überprüfen müssen[92]. Was er versäumt habe, müsse nunmehr die Rechtsprechung im Wege verfassungsmäßiger Auslegung leisten[93].

Hildegard Krüger zeigt Ansatzpunkte für eine Umgestaltung insbesondere hinsichtlich der beschränkten Geschäftsfähigkeit in vielen Vorschriften des BGB und anderer Rechtsgebiete. Besonders in allen neueren Gesetzen, nach denen Jugendliche schon von niedrigen Altersgrenzen ab selbständig entscheiden könnten, sieht sie das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 respektiert, indem für diese Bereiche

---

91) A.a.O., Einleitung, Randnote 170, S. 119, 120.
92) A.a.O., Einleitung, Randnote 278, 279, S.191, 192.
93) A.a.O., Einleitung, Randnote 282, S. 194.

der junge Mensch als g r u n d r e c h t s m ü n d i g angesehen werde[94].

Dementsprechend könne bei sinnvoller Auslegung den Eltern nahezu volljähriger Kinder z.B. nicht mehr die Entscheidung über eine Operation des Kindes zustehen[95].

Betrachte man die angeführten Ausnahmen, bei denen beschränkt Geschäftsfähige wirksam einwilligen könnten, so zeige sich, daß es sich dabei um R e c h t s g e s c h ä f t e h ö c h s t p e r s ö n l i c h e r A r t handele[96]. Danach sei es nötig, von einem gewissen Zeitpunkt ab aus dem Begriff der Personensorge einen Komplex von höchstpersönlichen Rechtsgeschäften herauszunehmen und für ihn die Alleinzuständigkeit des Jugendlichen oder eine gemeinschaftliche Zuständigkeit von Eltern und Jugendlichem zu begründen[97].

Im Rahmen eines ungefähren Gesetzesvorschlages formuliert sie dann u.a.: "Für alle höchstpersönlichen Rechtsgeschäfte ist der Jugendliche, der das 16. (18.) Lebensjahr vollendet hat, allein zuständig."[98]

Diese radikale Auffassung hat im Schrifttum zum Grundgesetz Widerspruch gefunden, der sich u.a. auf die Ablehnung der unmittelbaren Grundrechtsanwendung im Privatrechtsverkehr stützt. So sind M a u n z - D ü r i g der Ansicht, daß das Grundgesetz an der Maßgeblichkeit des Einverständnisses der Eltern und Vormünder für Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit nichts geändert habe. Positivrechtliche Ausnahmen vom Alterserfordernis (etwa § 10 Abs. 2 Satz 2 JGG, § 17 Abs. 4 WehrpflG) seien zwar zu begrüßen und bahnten vielleicht auch für das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit eine Entwicklung zur näheren und besseren Altersdifferenzierung an, wie sie z.B. für Art. 4 GG bereits in Gestalt des Gesetzes über religiöse Kindererziehung bestehe. Wichtig sei jedoch nur, daß der Arzt wisse, er brauche sich um eine angebliche Vorverlagerung der "Grundrechtsmündigkeit" keine Gedanken zu machen, wenn er mit der Einwilligung

---

94) A.a.O., Einleitung, Randnote 284, S. 196; dieser Begriff wurde von ihr geprägt und erstmals benutzt in MDR 1956, 329.
95) A.a.O., Einleitung, Randnote 285, S. 196.
96) A.a.O., Einleitung, Randnote 290, S. 200.
97) A.a.O., Einleitung, Randnote 298, S. 205.
98) A.a.O., Einleitung, Randnote 300, S. 206.

der gesetzlichen Vertreter i.S. des geltenden Kindschafts- und Vormundschaftsrechts operiere[99].

Hier wird nun allerdings nicht einmal vermerkt, daß seit langem im Strafrecht[100], aber auch im Zivilrecht[101], schon unabhängig vom Grundgesetz das strikte Geschäftsfähigkeitserfordernis bekämpft wurde.

6. Eine auffallende Übereinstimmung mit dem jüngsten zivilistischen Schrifttum ist aber in der Hinsicht festzustellen, daß die in den verfassungsrechtlichen Untersuchungen im Vordergrund stehende Frage der Einwilligungs f ä h i g k e i t [102] nun auch hier den Schwerpunkt bildet.

S ü ß z.B. äußert in seiner Anmerkung zum zweiten Elektroschockurteil des Bundesgerichtshofes[103] zu unserem Problem nur, daß der "Begriff der Willensfähigkeit" keineswegs nach den Regeln des BGB über Geschäftsfähigkeit oder des Strafrechts über die Zurechnungsfähigkeit zu beurteilen sei. Entscheidend sei vielmehr, ob der Patient im konkreten Fall die nötige Erkenntnis und Willensfähigkeit besitze, um die aufklärende Belehrung des Arztes zu verstehen und eine entsprechend sinnvolle Entscheidung zu treffen[104].

Ähnlich äußert sich B o s c h in der bereits eingangs erwähnten Anmerkung zu dem Urteil des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen über die Operationseinwilligung eines Minderjährigen[105] nur zur "Problematik des minderjährigen Patienten". Der dem Urteil zugrunde liegende Grenzfall eines jungen Mannes von nahezu 20 3/4 Jahren dürfe nicht darüber hinwegtäuschen, daß nun auch der VI. Senat des Bundesgerichts in - wie Bosch meint - "Entfaltung der sogenannten G r u n d r e c h t s m ü n d i g k e i t " dabei sei, die elterliche Gewalt auszuhöhlen. Er habe dabei "ein ungutes Gefühl"; sobald man nicht mehr die

---

99) Maunz-Dürig, Art. 2 Abs. II, Randnote 37 u. Art. 2 Abs. I, Randnote 59, Fußnote 1.
100) Vgl. unten § 4, S. 48.
101) Vgl. z.B. schon Fischer, oben S. 24.
102) Hildegard Krüger z.B. spricht ohne weiteres nur von "Rechtsgeschäft", ohne insoweit Untersuchungen anzustellen, vgl. oben S. 34.
103) Süß, JR 1959, 421 f.
104) A.a.O., S. 422.
105) Bosch, FamRZ 1959, 202 f.; vgl. auch Bosch, FamRZ 1959, 160 u. 162.

fixen Grenzen des § 2 BGB beachte, komme man "ins Schwimmen". Daher benötige man irgendeine klare Grenzziehung ähnlich derjenigen des § 3 JGG, eine Abgrenzungsnorm in dem Sinne, daß erst von einem bestimmten Alter an die Verantwortlichkeit des Jugendlichen für sich selbst beginne, falls er im Einzelfall die genügende Reife besitze.

Er schlägt dann de lege ferenda folgende - auf die Operationseinwilligung beschränkte - Formulierung vor, die man seiner Ansicht nach vielleicht schon jetzt in Aktualisierung von Art. 1 und 2 GG als Leitsatz bejahen sollte:

> "Mit Vollendung des 14. Lebensjahres ist a u c h die Zustimmung des "verstandesreifen" Minderjährigen selbst zur Operation in der Regel notwendig; mit Vollendung des 18. Lebensjahres genügt dessen Einwilligung in eiligen Fällen; im übrigen ist n e b e n der Zustimmung des minderjährigen Patienten grundsätzlich a u c h die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters notwendig."

Von der letzteren g e n e r e l l abzusehen, sei doch wohl unrichtig, solange die Regelung des § 2 BGB aufrechterhalten werde.

Lediglich mit einem Halbsatz in Klammern geht Bosch auf die Rechtsnatur der Einwilligung ein und bemerkt: "... wobei ich natürlich zugebe, daß es bei der Operationseinwilligung nicht um ein Rechtsgeschäft geht - aber doch um eine analoge Situation!"[106]

In dem - soweit ersichtlich - zur Zeit jüngsten zivilrechtlichen Aufsatz zu dem speziellen Thema der Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger[107] geht schließlich B o e h m e r auch wieder auf die Frage nach der Rechtsnatur der Einwilligung des Verletzten ein. Er lehnt es ab, in der Einwilligung ein Rechtsgeschäft zu sehen, und ist der Ansicht, daß bei ihr der rein innere Wille genüge. Dafür, daß ein solcher ü b e r h a u p t rechtserheblich sein könne, stützt er sich auf Eltzbachers Untersuchungen. Boehmer meint, daß er h i e r genüge - wenn auch de facto meist die an sich nicht erforderliche ausdrückliche oder konkludente Erklärung vorläge - , ergebe sich schon daraus, daß nach unbestrittener Ansicht die Rechtswidrigkeit eines deliktischen

106) Bosch, FamRZ 1959, 203.
107) Boehmer, Zum Problem der "Teilmündigkeit" Minderjähriger, MDR 1959, 705 ff.

Angriffs auch dann aufgehoben werde, wenn dieser eine berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag für den Verletzten sei. Dazu sei es ausreichend, daß er dem i n n e r e n , sei es wirklichen, sei es mutmaßlichen Willen des Verletzten entspreche[108].

Innerhalb der Untersuchung, ob auf solchen rein inneren Willen die Rechtsgeschäftsvorschriften analog anwendbar seien, verweist auch er darauf, daß dem Minderjährigen ein Entscheidungs- oder Mitentscheidungsrecht über höchstpersönliche Lebensfragen in einer Reihe von Fällen zugebilligt werde, und ist - unter Hinweis auf den Vorschlag de lege ferenda von Bosch - der Ansicht, daß dasselbe bei Vorliegen der individuellen Einsichtsfähigkeit auch für das Bestimmungsrecht über die körperliche Integrität gelten sollte[109]. Er spricht hier von "Teilmündigkeit".

7. In letzter Zeit beginnt sich eine ganz neue Entwicklung anzubahnen. Von einigen Autoren wird nämlich für eine Reihe von Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit die Rechtfertigung mehr oder weniger ausschließlich aus objektiven Prinzipien - Sozialadäquanz oder ähnlichem - herzuleiten versucht. Dem subjektiven, auf einen psychologischen Sachverhalt abstellenden Prinzip der Einwilligung des Verletzten wird bei diesen Konstruktionen keine oder keine tragende Bedeutung mehr für die Rechtfertigung beigemessen. Ausgangspunkt dieser Entwicklung ist wohl die Ablehnung der Begründung des "Handelns auf eigene Gefahr" - insbesondere bei Automitfahrten - durch die Figur der Einwilligung des Verletzten. Das beruht auf der richtigen Feststellung, daß die Bejahung des Vorliegens einer Einwilligung in den entsprechenden Fällen meist eine Fiktion darstellt. Der Versuch, die Rechtfertigung ganz oder vorwiegend auf objektive Prinzipien abzustellen, ist inzwischen aber nicht nur auf das Gebiet der Sportverletzungen, sondern auch auf das

108) A.a.O., S. 705.
109) A.a.O., S. 707.

der Heileingriffe ausgedehnt worden[110]. Daher ist diese Entwicklung in der Literatur hier zu berücksichtigen.

Richtungweisend ist hier die umfangreiche und grundlegende Habilitationsschrift von S t o l l : "Das Handeln auf eigene Gefahr" (1961).

Der Kern seiner dogmatischen Uberlegungen ist folgender. Jeder, der eine Gefahr - z.B. die der körperlichen Verletzung Dritter - verantwortlich schafft, hat den anderen gegenüber objektive Schutzpflichten oder Verkehrspflichten[111]. Das Handeln auf eigene Gefahr beginnt dort, wo die Schutzpflichten der für die Gefahrenquelle verantwortlichen Personen aufhören.

Die Kenntnis einer Gefahr oder ihre Billigung ist keinesfalls das ausschlaggebende Kriterium einer solchen Gefahrübernahme, die mit der Beendigung der Schutzpflichten des Gefährders zusammenfällt. Einerseits werden pflichtwidrig geschaffene Gefahren von den Beteiligten selbst bei voller Kenntnis und Billigung nicht übernommen. Andererseits vollzieht sich die Ubernahme der normalen Gefahren ohne Rücksicht darauf, ob sich die Beteiligten dieser Gefahren bewußt sind. Es kommt nur auf die Erkennbarkeit - oder Offenkundigkeit - der Gefahren an[112]. Der entsprechende Bereich ist also niemals allein mit Hilfe einer Bewertung des Verhaltens des sich selbst gefährdenden Verletzten abzugrenzen[113]. Die Selbstexponierung muß vielmehr in ihrer Relation zu der Pflichtstellung des Gefährders gewürdigt werden. Der spezifische Rechtsgedanke, der der Formel vom Handeln auf eigene Gefahr zugrunde liegt, ist dabei nun folgender: Die Nichthaftung des Gefährders beruht in den in Betracht kommenden Fällen darauf, daß seine Schutzpflichten im Verhältnis zu den Beteiligten nur ein begrenztes, unterdurchschnitt-

110) Um Verwirrung zu vermeiden, sei ausdrücklich darauf hingewiesen, daß es bei d i e s e r Entwicklung nicht nur um die schon oben (§ 2 I, S. 4 ff.) erwähnte Frage geht, ob der Heileingriff an sich schon tatbestandlich keine Körperverletzung ist, sondern darum, worauf die Rechtfertigung dieses Eingriffs - er richte sich nun gegen körperliche Unversehrtheit oder Willensfreiheit - beruht.
111) Stoll, S. 241 ff.
112) A.a.O., S. 243.
113) A.a.O., S. 246.

liches Leistungsziel haben, folglich das e r l a u b t e R i s i k o [114] im Verhältnis zu diesen Personen erhöht ist, und zwar deshalb, weil der Gefährder diese vor die Alternative stellen darf, entweder der Veranstaltung etc., deren Gefahren offenbar sind, fernzubleiben, oder sich vor ihnen in weitergehendem Umfang selbst zu schützen, als dies im allgemeinen sozialen Verkehr verlangt werden kann. Es handelt sich also um Ausnahmesituationen, in welchen die Grenze zwischen pflichtwidriger Gefährdung (unerlaubtem Risiko) und hinzunehmender Gefahr zum Nachteil gewisser schutzbedürftiger Personengruppen verschoben wird[115]. Diese Grenze zwischen einer Schutzpflicht des Gefährders und der dem Gefährdeten zumutbaren Selbstsicherung wird letztlich durch die in einem Gemeinwesen herrschenden sozialethischen Anschauungen gezogen. Es ist daher unmöglich, eine alle Fälle des Handelns auf eigene Gefahr umfassende Tatbestandsformel zu bilden[116].

Von dem bisher umrissenen "Grundtyp des Handelns auf eigene Gefahr"[117] unterscheidet Stoll "erschwerte Formen eines Handelns auf eigene Gefahr". Hierher zählt er Fälle, in denen die Schutzpflichten des Gefährders verstärkt sind; sie weichen dort nicht schon mit E r k e n n b a r k e i t der Gefahr, sondern erst mit der Gefahrenk e n n t n i s oder sogar erst bei B i l l i g u n g der oder E i n w i l l i g u n g in die Gefahr durch den Verletzten. Es gibt Fälle, wo die Einwilligung des Verletzten unerläßliche Voraussetzung für die Gefährdungsbefugnis und die relative Erhöhung des erlaubten Risikos ist[118]. Zu dieser Gruppe rechnet Stoll die Fälle der gefährlichen Behandlung durch den Arzt:[119] Die ärztliche Operation ist nur dann erlaubt und sozialadäquat, wenn der Patient einwilligt[120]. Hier könne man

114) Sperrung vom Verf., hier übernimmt Stoll einen strafrechtlichen Begriff (vgl.z.B. Schönke-Schröder, § 59, Anm. X 6 b), darauf ist noch zurückzukommen.
115) A.a.O., S. 247.
116) A.a.O., S. 256 f. u. 366, 367.
117) A.a.O., S. 247.
118) A.a.O., S. 248.
119) A.a.O., S. 248.
120) Vgl. auch den entsprechenden Gedanken in der Begründung des E 1962, S.298, wonach bei schweren Eingriffen eine rechtmäßige Heilbehandlung nur mit Ein-

von einer rechtfertigenden Einwilligung sprechen, wenngleich das rechtlich entscheidende Moment die der Einwilligung vorgegebene Befugnis des Arztes ist, mit Einwilligung des Patienten gewisse körperliche Eingriffe vorzunehmen und den Patienten dadurch bestimmten Gefahren auszusetzen[121].

In die gleiche Richtung gehen F l u m e s Ausführungen in der Anmerkung zu einem Urteil des Bundesgerichtshofes[122]. Er vertritt dort die Meinung, daß es bei der Operation nicht die "Einwilligung"des Patienten sei, die die Rechtswidrigkeit ausschließe, sondern daß die Operation als lege artis vorgenommene Heilungsmaßnahme rechtmäßig sei, wobei allerdings der Eingriff als rechtmäßiger in der Regel die Einwilligung des Patienten voraussetze. Die Einwilligung gehöre zwar mit zu den Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit, sei aber gar nicht das entscheidende Moment.

Ähnliche Ausführungen finden sich schließlich in der Habilitationsschrift von G e i l e n "Einwilligung und Aufklärung" (1963)[123].

Geilen will die heute hinsichtlich der Aufklärungspflicht an den Arzt gestellten Anforderungen lockern, ihn "im Ergebnis freier stellen" und zu diesem Zweck den "bislang wohl doch zu axiomatisch gehandhabten Einwilligungsansatz der Aufklärungspflicht ... überprüfen und das Problem auf eine ... elastische Grundlage ... stellen". Er gesteht dabei zu, "vielleicht besonders arztfreundliche Thesen" zu verfechten[124].

---

willigung vorliegt, weil bei schwerwiegenden Operationen die ärztliche Standesethik die betreffende Behandlung nur mit Einwilligung als kunstgerecht ansieht. Insoweit ist die Standesethik und ihr Urteil darüber, was kunstgerecht ist, die spezifische Ausprägung der Sozialadäquanz in diesem Fall.

121) Stoll, S. 263, Anm. 2.

122) JZ 1961, 655.

123) Die Arbeit ist nicht auf Zivil- oder Strafrecht festgelegt. Sie wird hier aufgeführt, weil sie sich in den vorliegenden Zusammenhang am besten einordnen läßt.

124) Geilen, Vorwort u. S. 195, These 8.

125) A.a.O., S. 21,22.

Die Fragen nach der Bedeutung der Einwilligung für die Rechtfertigung des Heileingriffs und nach ihrer Rechtsnatur interessieren ihn demgemäß nur insoweit, als sich daraus Konsequenzen für den Umfang der Aufklärungspflicht ergeben. Er knüpft daran an, daß der konstruktive Ansatzpunkt für die Aufklärungspflicht die Einwilligung des Patienten sei: ein für die Einwilligung ursächlicher Irrtum - beruhend auf mangelnder Aufklärung - beseitige nach allgemeiner Ansicht die Wirksamkeit der Einwilligung.[125] Um die Anforderungen an die Aufklärungspflicht einzuschränken und für sie eine flexible Anpassung an die Einzelfälle mit ihrer "unendlich vielschichtigen Komplexität der Willensbildung"[126] beim Patienten zu ermöglichen, versucht er nachzuweisen, daß es nicht eine "starre"[127] Einwilligung gebe, "die" Einwilligung[128], sondern daß die Einwilligung "relativ" sei[129]. Ausgangspunkt für diese These ist seine Ansicht, daß die Rechtfertigung des Heileingriffs vor allem in der Heilzweck-Heilmittel-Relation begründet sei. In diesem Begriff sieht er eine Neufassung und Konkretion der Zwecktheorie[130]. Nach seiner Meinung zeigt sich dann weiter, "daß die Einwilligung keine feststehende, in ihren subjektiven Konturen starr fixierte Größe ist, sondern eine Funktion der zugrunde liegenden Zweck-Mittel-Beziehung. Ausmaß und Gewicht der Selbstbestimmung und damit auch die für eine wirksame Einwilligung vorausgesetzte psychologische Fundierung sind auf die Zweck-Mittel-Relation konkret bezogen, sozusagen geprägt von dem fallweise wechselnden Rechtfertigungsvakuum, das die Autonomie des Betroffenen - zur Herbeiführung der Rechtfertigung - auffüllen muß und aus dem sich dann auch die unterschiedliche subjektive Spannweite der Einwilligung ergibt. Um nur die beiden Extreme zu nennen: Die Einwilligung ist entweder tragender Grund der Rechtfertigung oder nur auslösendes Regu-

125) A.a.O., S. 21, 22.
126) A.a.O., S. 190.
127) A.a.O., S. 133.
128) A.a.O., S. 178.
129) A.a.O., S. 133.
130) A.a.O., S. 138,179,195.

lativ, das den Weg zu der eigentlich tragenden Rechtfertigungsbasis nur öffnet".[131]

Wiewohl Geilen somit einräumt, daß die Einwilligung tragender Grund der Rechtfertigung sein kann, heißt es gleich darauf, die Heileinwilligung sei nicht Rechtmäßigkeits f u n d a m e n t, sondern Rechtmäßigkeits s c h r a n k e[132], und an anderen Stellen, sie könne nur Teilelement eines anderen Rechtfertigungsgrundes sein[133], oder nur im Rahmen einer das positive Wertuteil allein fundierenden Zweck-Mittel-Relation der die Rechtfertigung auslösende Katalysator[134], oder ein bloßes Selbstbestimmungskorrektiv[135]. Schließlich stellt Geilen fest, durch die von der technisch engeren "Rechtfertigung" bewußt distanzierte Terminologie - nicht Rechtmäßigkeitsfundament, sondern -schranke - solle zum Ausdruck gebracht werden, daß die rechtssystematische Frage, die genaue Lokalisierung der Einwilligung "an dieser Stelle" - das bedeutet offenbar: in seiner Arbeit - offenbleiben müsse[136].

Ebenso fehlt eine eindeutige Stellungnahme zu der Frage, welche Rechtsnatur diese "relative" Einwilligung hat. Geilen referiert zwar den "Zusammenbruch der Rechtsgeschäftstheorie", stellt aber fest, daß dieser "ein begriffliches Trümmerfeld hinterlassen" habe, auf dem die herrschende Meinung nur vorsichtig tastend manövriere[137].

Er geht daher bei vielen Überlegungen auch wieder von der Rechtsgeschäftstheorie aus[138] und legt dar, daß gerade die Rechtshandlungstheorie und die strafrechtlichen Lösungen mit ihrem "extrem willenstheoretischen" Ansatz[139] erst die zu weitgehenden Anforderungen an die Aufklärungs-

131) A.a.O., S. 133, 134.
132) A.a.O., S. 134.
133) A.a.O., S. 43.
134) A.a.O., S. 89.
135) A.a.O., S. 136.
136) A.a.O., S. 134, Anm. 348. Er kommt noch mehrfach auf das "Kräfteparallelogramm von Heilzweck und Autonomie" (so S. 137) zurück, ohne stärker zu präzisieren.
137) A.a.O., S. 28.
138) A.a.O., S. 29, 96, 106, 110.
139) A.a.O., S. 28.

pflicht und andererseits unpräzise Abgrenzungen heraufbeschworen hätten[140].

Dann führt er jedoch wieder aus, daß die Rechtsgeschäftstechnik das Problem der Selbstbestimmung nicht restlos bewältige, daß daher hier in Anlehnung an das Strafrecht Ventile eingebaut wurden, die der Selbstbestimmung einen elastischen Spielraum sicherten: Rechts-"geschäft", "Geschäftsfähigkeit" und dergleichen hätten eben - nicht nur terminologisch - einen zu eng ökonomischen Beigeschmack[141].

In seinem Fazit sagt Geilen schließlich unverblümt, es gebe "eben im Arzt-Patienten-Verhältnis Momente, die nicht überall mit einer juristisch aufgezäumten Einwilligungskrücke zu erreichen" seien[142]. Abschließend stellt er in einem kurzen Abschnitt unter der Überschrift "Konstruktive Konsequenzen" fest, insoweit könne er nur einige skizzenhafte Andeutungen geben, die weder erschöpfend noch auch nur einigermaßen prägnant werden dürften. Wichtiger sei daher der Rekurs auf die ärztliche Standesethik, der durch die von ihm entwickelte Konstruktion - gemeint ist damit die Schwerpunktverlagerung der Rechtfertigung auf die Heilzweck-Heilmittel-Relation, die "Konkretion der Zwecktheorie"[143] - vor allem habe eröffnet werden sollen[144].

Zusammenfassend kann man zu der angedeuteten neuen Entwicklungslinie sagen, daß hier der Einwilligung die den Eingriff rechtfertigende Kraft mehr oder weniger abgesprochen wird und folgeweise die Frage nach der Rechtsnatur dieser nicht mehr im Zentrum der Erörterungen

---

140) A.a.O., z.B. S. 54, 100 Anm. 255.
141) A.a.O., S. 126. An anderer Stelle zeigt Geilen aber, daß er auch von der Selbstbestimmung beim Heileingriff nicht allzuviel hält, so z.B. S. 147: "Die Selbstbestimmung besitzt gegenüber dem Heilzweck keineswegs eine so hehre Unantastbarkeit, jenen alle Niederungen des Körperlichen überstrahlenden Rang ..."
142) A.a.O., S. 189.
143) A.a.O., S. 195.
144) A.a.O., S. 192, 193.

stehenden Einwilligung aus dem Blickfeld schwindet[145].

II. Rechtsprechung

Die beiden - soweit ersichtlich - frühesten zivilrechtlichen Entscheidungen zu unserem Thema - Erkenntnisse des Oberlandesgerichtes Darmstadt[146] und des Reichsgerichtes[147] - behandeln denselben Fall: die Augenoperation einer Achtzehnjährigen mit lediglich ihrer Einwilligung. Die Einwilligung wird hier übereinstimmend als rechtsgeschäftliche Willenserklärung qualifiziert, die bei mangelnder und auch bei beschränkter Geschäftsfähigkeit der gesetzliche Vertreter des Verletzten abzugeben habe, da sie nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil für den Minderjährigen nach sich ziehe. Immerhin räumt das Reichsgericht ein, der Arzt habe ohne Fahrlässigkeit bei einer Achtzehnjährigen deren Einwilligung als - wirksam - erfolgt ansehen können: ein solcher Rechtsirrtum sei keineswegs unentschuldbar[148].

Die nächste Entscheidung des Reichsgerichts[149] steht ebenfalls auf dem Boden der Rechtsgeschäftstheorie[150].

Das folgende Urteil bleibt strikt beim Alterserfordernis, nunmehr jedoch ohne eindeutig an der Rechtsgeschäftstheorie festzuhalten[151]. Es wird dort ausgeführt, daß die persönliche Zustimmung des Minderjährigen, auch wenn er eine gewisse Verstandesreife erlangt habe, nicht genüge, die Rechtswidrigkeit des Eingriffs zu beseitigen. Dies könne keinem Zweifel unterliegen, wenn diese Einwilligung mit Zitelmann als Rechtsgeschäft aufzufassen, § 107 BGB also unmittelbar anzuwenden sei. Aber auch, wenn man in

145) Vgl. hierzu auch noch Wiethölter, zitiert nach Cyran: "Ist das Wohl oder der Wille des Kranken oberstes Gesetz?", FAZ Nr. 66 v. 19.3.1963, S.2. In den bekannten Lehrbüchern und Kommentaren der Gegenwart spielt diese neue Entwicklung noch keine Rolle: nach wie vor wird die Einwilligung des Verletzten als Rechtfertigungsgrund angesehen.
146) OLGE 14, 14.
147) RG JW 1907, 505.
148) OLGE 14, 14 (u.15) u. RG a.a.O.
149) RGZ 68, 431.
150) A.a.O., S. 433
151) RG JW 1911, 748.

einer solchen Einwilligung nicht eine rechtliche Willenserklärung, sondern mit Linckelmann und Keßler[152] nur eine rein tatsächliche Erklärung erblicke, so werde man bei der schwerwiegenden Bedeutung einer solchen Einwilligung und mit Rücksicht auf das mit der elterlichen Gewalt verbundene Recht der Sorge für die Person des Kindes gleichfalls zu dem Ergebnis kommen müssen, daß die Operation ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters der Rechtmäßigkeit entbehre, möge auch der Minderjährige ihr zugestimmt haben[153].

In einer Entscheidung des Kammergerichts auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus dem Jahre 1914[154] bleibt nicht nur die Rechtsnatur der Einwilligung dahingestellt, sondern auch die Entscheidung der Frage, ob es einer solchen Zustimmung dann nicht bedürfe, wenn der schon verstandesreife Minderjährige die Einwilligung erteile.

In RGZ 88, 433 heißt es, der operative Eingriff des Arztes werde kraft des ihm durch den Rechtswillen des Kranken eingeräumten Vertragsrechtes zu einem nicht rechtswidrigen[155]. Damit hält das Reichsgericht offensichtlich an der Rechtsgeschäftstheorie fest. Ohne Berücksichtigung oder unter Verwerfung der erwähnten Zweifel in der Rechtsprechung zur freiwilligen Gerichtsbarkeit wurde diese Theorie dann wohl in der Zivilrechtsprechung ständig vertreten. In späteren Entscheidungen des Reichsgerichts[156] zum Operationsrecht geht es um die Ablehnung des ärztlichen Berufsrechtes als Rechtfertigungsgrund, wobei am Einwilligungserfordernis festgehalten wird, ohne daß dessen rechtsgeschäftliche Natur behandelt geschweige denn angezweifelt wird.

---

152) Siehe oben § 3 I 1, S.18 bzw. unten § 4 I 1, S.48 ff.
153) RG a.a.O.
154) KGJ 46, 45.
155) RGZ 88, 433 (436).
156) RGZ 151, 349; 163, 129; 168, 206 - bei der letzten Entscheidung ist allerdings unklar, ob sie nicht stillschweigend von der Rechtshandlungstheorie ausgeht, da - S. 210 - offenbar die automatische Unwirksamkeit einer durch Täuschung oder Drohung herbeigeführten Einwilligung angenommen wird.

Die wohl erste Entscheidung des Bundesgerichtshofes, in der - beinahe nur beiläufig - auch zu unserer Frage Stellung genommen wird[157], verlangt für das Einverständnis zu einem ärztlichen Eingriff eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung. Noch im Jahre 1955 legte das Landgericht Frankenthal einer Entscheidung ohne besondere Erörterungen in dieser Hinsicht die Rechtsgeschäftstheorie mit dem Erfordernis der vollen Geschäftsfähigkeit zugrunde[158].

Bereits im sogenannten ersten Elektroschockurteil läßt es der Bundesgerichtshof aber ausdrücklich offen, ob die Einwilligung zu einem ärztlichen Eingriff eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung oder eine Rechtshandlung sei[159].

Entschieden und mit ausführlicher Begründung vertrat dann das Oberlandesgericht München zum ersten Mal in der Zivilrechtsprechung die Rechtshandlungstheorie[160]. Der Leitsatz dieser Entscheidung lautet, daß ein Minderjähriger[161] zu einer Operation rechtswirksam seine Einwilligung geben könne, falls er die nötige Urteils- und Einsichtsfähigkeit hinsichtlich der Bedeutung des körperlichen Eingriffes besitze und die erforderliche Aufklärung hierüber erhalte.

Bald darauf gab auch der Bundesgerichtshof in der schon mehrfach erwähnten Entscheidung vom 5.12.1958[162] die Rechtsgeschäftstheorie im Bereich der Operationseinwilligung auf. Im ersten Leitsatz heißt es, die Einwilligung eines Minderjährigen zu einem Eingriff in seine körperliche Unversehrtheit (Operation) sei rechtswirksam, wenn der Minderjährige nach seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung zu ermessen vermöge.

157) BGH NJW 1953, 700 = BGHZ 7, 198.
158) NJW 1955, 1113.
159) BGH NJW 1956, 1106. Der BGH unterstellt hier, schon RGZ 168, 206 (210) habe die Rechtshandlungstheorie vertreten.
160) NJW 1958, 633 - Urteil vom 7.12.1956; die Begründung enthält keinen Gesichtspunkt, der nicht schon im Laufe des Literaturberichtes zugunsten der Rechtshandlungstheorie genannt worden wäre, auf ihre Wiedergabe kann daher hier verzichtet werden.
161) Im konkreten Fall handelt es sich dort um einen fast 19jährigen.
162) BGHZ 29, 33 = FamRZ 1959, 200 ff. = NJW 1959,811 = MDR 59, 383 (im folgenden auch Grundsatzentscheidung genannt).

Zur Begründung führte der Bundesgerichtshof aus, es handele sich nicht um eine Einwilligung im Sinne des § 183 BGB, nicht um die Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft, a l s o [163] nicht um eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern um eine Gestattung oder Ermächtigung zur Vornahme tatsächlicher Handlungen, die in den Rechtskreis des Gestattenden eingriffen. Wie das Reichsgericht in der grundlegenden Entscheidung RGSt 41, 392 (395) hierzu ausgeführt habe, gehörten das Leben und die körperliche Unversehrtheit wie auch die Ehre zu den sogenannten Rechtsgütern, die zwar Dritten gegenüber Rechtsschutz genössen, selbst aber nicht Gegenstand eines Rechtes ihres Trägers seien. Über sie könne der Mensch nicht verfügen wie über eine ihm gehörende Sache, ein ihm zustehendes dingliches Recht oder ein Rechtsverhältnis.

Die Vorschriften der §§ 107 ff. BGB, die rechtsgeschäftliche Willenserklärungen beträfen, seien daher auf die Einwilligung zu einem ärztlichen Eingriff nicht unmittelbar anzuwenden. Einer analogen Anwendung stünde zwar nicht das Fehlen des Erfordernisses der Rechtsähnlichkeit entgegen. Die Rechtsähnlichkeit ergebe sich daraus, daß es sich um eine Willensäußerung des Minderjährigen handele, die bedeutsame Rechtsfolgen nach sich ziehen könne. Eine analoge Anwendung erscheine jedoch nur insoweit geboten, als es der Zweck des Gesetzes: Der Schutz des Minderjährigen - verlange. Der Minderjährige könne aber eines besonderen gesetzlichen Schutzes entraten, wenn er nach seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite des Eingriffes und seiner Gestattung zu ermessen vermöge[164].

Diese Ansicht des VI. Zivilsenats ist inzwischen wiederholt vom Bundesgerichtshof ausgesprochen worden; sie stellt nunmehr dessen ständige Rechtsprechung dar[165]. Andere Gerichte haben sich ihr angeschlossen[166].

---

163) Sperrung vom Verf.
164) FamRZ 1959, 200 (201).
165) So ausdrücklich in der zur Zeit jüngsten Entscheidung BGH NJW 1964, 1177 (1178).
166) Vgl. z.B. LG Tübingen in NJW 1960, 1389; OLG Düsseldorf, NJW 1963, 1679.

Im übrigen hat der Bundesgerichtshof - der Rechtshandlungstheorie entsprechend - entschieden, daß die Einwilligung u n b e a c h t l i c h sei, wenn sie durch Willensmängel beeinflußt worden sei; insbesondere genüge also nicht die durch Gewalt, Zwang, rechtswidrige Drohung oder arglistige Täuschung herbeigeführte zustimmende Willensbildung[167].

§ 4 Die Entwicklung auf strafrechtlichem Gebiet

Der Überblick über die strafrechtliche Literatur und Rechtsprechung zu unserem Thema soll knapp gehalten werden, wiewohl die einschlägigen strafrechtlichen Erörterungen ein Vielfaches der zivilrechtlichen ausmachen. Er soll nur die wesentlichsten Gesichtspunkte und Entwicklungslinien zeigen, um jene Gedanken, die das bürgerliche Recht beeinflußten, sowie die im Strafrecht an das Institut der Einwilligung gestellten Anforderungen hervorzuheben. Denn eine der Rechtseinheit entsprechende Lösung ist nur zu finden, wenn auch diese Gesichtspunkte berücksichtigt werden.

I. Die Literatur (und § 226 a StGB sowie § 152 E 1962)

1. Die erste wesentliche Arbeit ist die Schrift von K e ß l e r [1]. Ausgangspunkt für seine Untersuchungen ist die damalige Reichsgerichtsrechtsprechung, nach der eine Einwilligung in eine Körperverletzung nicht als Rechtfertigungsgrund anerkannt wurde[2]. Das beruhte auf der seinerzeit in der Theorie herrschenden Anschauung, daß Rechtsgüter wie Leben, körperliche Unversehrtheit und Ehre u n v e r z i c h t b a r seien, so daß eine wirksame Einwilligung des Verletzten, die man als Verzicht auf diese Rechtsgüter auffaßte, für unmöglich gehalten wurde.

---

167) Vgl. BGH NJW 1964, 1177 (1178) und schon BGH NJW 1953, 700 (701) (erstaunlicherweise angesichts der dort noch vertretenen Rechtsgeschäftstheorie) sowie - dem Sinne nach - BGH NJW 1961, 2203; ebenso z.B. OLG Düsseldorf, NJW 1963, 1679.

1) Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung (1884); ältere Schriften zu dem Satz "volenti non fit iniuria" zitiert Geerds, Dissertation S. 1, Anm. 1.

2) Vgl. dazu unten § 4 II, S. 64.

Dem Kampf gegen diese Lehre galt Keßlers Arbeit. Er kritisiert die seiner Ansicht nach fehlerhaften Charakterisierungen der Rechtsnatur der Einwilligung als Übertragung des in Frage kommenden Rechts selbst auf den Eingreifenden oder als Konstituierung eines Rechts zum Eingriff bei dem anderen[3] und greift insbesondere die Konstruktion der Einwilligung als Verzicht auf das Recht an. Sein Hauptargument: Von einem Verzicht könne nur die Rede sein, wenn die fragliche Erklärung den Verlust eines Rechts zur Folge habe. Gerade das sei aber bei der Gestattung nicht der Fall. Eine Erlaubnis[4] sei jederzeit widerruflich, während doch ein wirklicher Verzicht unwiderruflich sei. Von einem "ausnahmsweise widerruflichen Verzicht" zu sprechen, sei eine Definition durch eine contradictio in adjecto und begrifflich höchst gefährlich. Gerade an die irreführende Bezeichnung der Einwilligung des Verletzten als Verzicht knüpfe sich die Behauptung, man könne in die Verletzung unverzichtbarer Rechte nicht wirksam einwilligen[5].

Er kommt zu dem Ergebnis, Gegenstand der Einwilligung sei nicht ein Recht, sie hebe keines des Einwilligenden auf und begründe keines für den Eingreifenden, sie beziehe sich auf nichts mehr und nichts weniger als auf die Handlung des anderen.

Sodann führt er aus, wenn man schon ein zivilistisches Analogon suche, so sei ein naheliegendes die Vollmacht: Sowohl dem Bevollmächtigten wie dem Einwilligungsempfänger erwachse kein selbständiges, dem Belieben des Gebers entzogenes Recht. Beides binde letzteren nicht, doch das daraufhin einmal Geschehene müsse er geschehen sein lassen. Der entscheidende Unterschied läge allerdings darin, daß die Vollmacht eine rechtliche Vertretungsbefugnis, die Einwilligung dagegen nur die tatsächliche

3) Keßler, S. 19-21; diese und andere bekämpfte Meinungen wurden von anderen vertreten, teilweise allerdings insbesondere im Hinblick auf Eingriffe in das Eigentum.
4) Die Begriffe Einwilligung, Erlaubnis und Gestattung werden von Keßler synonym verwendet.
5) A.a.O., S. 22, 23.

Möglichkeit schaffe, das straflos zu tun, was ohne sie Strafe zur Folge haben würde. Die Handlung werde durch die Einwilligung nicht zu einer berechtigten, sondern nur zu einer r e c h t l i c h i n d i f f e r e n - ten . In diesem Zusammenhang betont Keßler den seiner Ansicht nach durchaus nicht rechtsgeschäftlichen Charakter der Einwilligung[6].

Im Anschluß daran untersucht er den strafrechtlichen Wirkungsgrund der Einwilligung. Nach seiner Ansicht ist der Zweck des Strafgesetzes Schutz menschlicher I n t e r - e s s e n "mittels Verhütung ihrer Beeinträchtigung durch menschliche Handlungen". Demnach könne durch ein Verbrechen nur derjenige verletzt sein, dessen Interesse durch die betreffende Strafbestimmung geschützt werden solle. Interessenschutz gegen den Willen des Interessenten sei aber ein Widerspruch in sich selbst. Darauf beruhe, so führt er aus, das Einleuchtende des Satzes "volenti non fit iniuria"[7].

Eine Einwilligung sei demgemäß jedoch unmöglich, wenn nur oder zumindest auch Staats- oder öffentliche Interessen geschützt seien. Schütze das Strafgesetz dagegen nur das Interesse der einzelnen Person, so sei entsprechend dem oben Ausgeführten eine Einwilligung möglich[8]. Zu dieser Gruppe gehöre das Gebiet der Körperverletzung. Insbesondere machte Keßler auf die Tatsache aufmerksam, daß täglich mit Einwilligung der Patienten Operationen vorgenommen würden, und wohl erstmals legte er dar, daß diese als Körperverletzung strafbar sein müßten, wenn die Einwilligung nicht wirksam wäre[9].

Seine engere Definition lautet, die strafrechtlich erhebliche Einwilligung sei "die erklärte Übereinstimmung des Willens einer Person mit der, abgesehen von dieser Erklärung, zum Schutze eines Interesses des Erklärenden bei Strafe verbotenen Handlung eines anderen"[10].

---

6) A.a.O., S. 26, 27.
7) A.a.O., S. 28 ff.; insbes. 48, 49, 52.
8) A.a.O., S. 65.
9) A.a.O., S. 76-78.
10) A.a.O., S. 99.

Zu den Voraussetzungen dieser Einwilligung führt er schließlich u.a. aus:

Sie sei eine Willenserklärung[11]. Die Einwilligungsfähigkeit setze mindestens Handlungsfähigkeit voraus. Allerdings sei es falsch, sie von dieser Grenze ab unbeschränkt zu bejahen.

Die Großjährigkeit zu verlangen, sei jedoch ein zurückzuweisendes Hereinziehen zivilistischer Begriffe. Vom Gesetzgeber sei hier keine feste Grenze gezogen worden; diese scheinbare Lücke dürfe man nicht durch beliebige Analogien füllen; ebensowenig könne daher hier die Antragsmündigkeit (§ 65 StGB) herangezogen werden. Er ist der Ansicht, daß im Zivilrecht aus Gründen der Rechtssicherheit eine feste Grenze nötig sei - weist aber darauf hin, daß insoweit § 823 BGB eher strafrechtlichen Gedanken entspreche, da diese Vorschrift nicht den Rechts-, sondern den "Unrechtsverkehr" regele -, daß man im Strafrecht aber nur das Gewaltsame, nicht das Wohltätige solcher Grenzen spüren würde[12].

Die Auffassung, daß bei der Einwilligung des Verletzten für die Einwilligungsfähigkeit nicht die zivilrechtliche Volljährigkeit, sondern die individuelle Reife maßgeblich sei - und damit, daß die Rechtsgeschäftsregeln unanwendbar seien -, vertrat auch B i n d i n g [13].

P f e r s d o r f f [14] vertieft Keßlers Gedanken über den Schutz des Interesses im Strafrecht und formuliert: Strafrechtliches Angriffsobjekt seien nicht die Güter, sondern das Interesse der Individuen an ihnen. Soweit die Beziehungen zwischen Individuen und Gütern durch einen Willensakt des Interessenten aufgehoben würden, seien die entsprechenden strafbaren Handlungen ihres Angriffsobjektes beraubt. Um solchen Willensakt des Einzelnen handele es sich, wenn von der Einwilligung des Verletzten gesprochen werde[15].

---

11) A.a.O., S. 100; also - nach dem früher von ihm Dargelegten - eine "nichtrechtsgeschäftliche Willenserklärung".
12) A.a.O., S. 102, 103.
13) Handbuch, S. 727 (1885).
14) Die Einwilligung des Verletzten als Strafausschließungsgrund (1887).
15) Pfersdorff, S. 9-12.

Weiter führt er aus, mit dem Begriff der Einwilligung verbinde sich die Vorstellung der Nichtgeltendmachung einer M a c h t , die dem Einwilligenden zustehe. Man willige nicht in Handlungen ein, die man nicht verhindern könne. Es komme hierfür eine besondere Art r e c h t - l i c h e r B e f u g n i s s e in Frage. Das Individuum sei mit gewissen subjektiven Rechten zum Schutz derjenigen Interessen ausgestattet, die einen speziellen Zusammenhang mit seiner Persönlichkeit hätten und die Angriffsobjekte einer Reihe von strafbaren Handlungen seien. Einer solchen Handlung gegenüber stelle sich die Einwilligung dar als die vor der Begehung expressis verbis oder durch konkludente Handlung gegebene Erklärung, keinen Gebrauch machen zu wollen von der rechtlichen Macht, auf Grund deren sie verboten werden könnte[16].

Damit sei nicht etwa gesagt, das betreffende Gut habe aufgehört, Gegenstand von Interessen zu sein, sondern es sei nur ein spezielles Interesse daran aufgegeben; also z.B. sei nicht das Interesse an einer Sache entfallen, sondern es komme nur zum Ausdruck, daß eine bestimmte Verletzung durch den Einwilligungsempfänger möglich sein soll[17].

Ob jemand ein Recht auf das der Einwilligung entsprechende Handeln erhalte, sei jedoch eine völlig außerhalb des Begriffs der Einwilligung liegende Frage. Pfersdorff tut damit auch die von der Annahme, die Einwilligung bedeute Konstituierung eines Eingriffsrechtes, ausgehende Argumentation ab, eine Einwilligung des Verletzten sei bei "unveräußerlichen Rechten" unmöglich[18].

Die Einwilligungs f ä h i g k e i t will auch Pfersdorff nicht von zivilrechtlichen Vorschriften, sondern von den Gegebenheiten des Einzelfalles abhängig sein lassen[19].

---

16) A.a.O., S. 15 u. 16.
17) A.a.O., S. 16.
18) A.a.O., S. 17,18 - eine lediglich etwas anders formulierte Fassung der oben erwähnten, vom Begriff der "unverzichtbaren Rechte" ausgehenden Lehre.
19) A.a.O., S. 22,23.

Zu ähnlichen Ergebnissen gelangt K l e e in seiner Untersuchung über "Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden"[20]. Nach seiner Ansicht ist das wahre Objekt des Verbrechens der Wille. Beim Handeln auf Grund Einwilligung wird dem Willen des Betroffenen entsprochen, nicht aber ein Angriff gegen ihn geführt.[21]

Bei Untersuchung der Rechtsnatur der Einwilligung lehnt er zivilrechtliche Konstruktionen ab, zumal den Vertragsbegriff, da mit Vertragsschluß der Wille "festgenagelt" sei, dies aber für die strafrechtliche Einwilligung nicht gelten könne[22].

Von seiner "Willenstheorie" aus kommt Klee dann zu dem Ergebnis, daß eine Rechtsgutsverletzung bei Einwilligung gar nicht vorliege. Das Strafrecht reagiere aber nur auf Verletzung des Rechtsgutes, d.h. des Willens, nicht auf Beeinträchtigung tatsächlicher Zustände. Der Boden des Strafrechts werde gar nicht betreten, die Einwilligung habe somit rein faktische Bedeutung. Die Handlung werde dabei nicht zu einer berechtigten, sondern zu einer rechtlich indifferenten[23].

Für die Einwilligungs f ä h i g k e i t ist nach Klee auf die geistige Reife des Minderjährigen abzustellen; starre Altersgrenzen - auch strafrechtliche - lehnt er ab und erkennt nur als Untergrenze für die mögliche Berücksichtigung des Minderjährigenwillens die Strafmündigkeitsgrenze - damals das vollendete zwölfte Lebensjahr - an[24].

K i e h l behandelt, ausgehend von der Tatsache, daß das Reichsgericht mittlerweile die rechtfertigende Kraft der Einwilligung jedenfalls zu einer Operation ausdrücklich anerkannt hatte[25], das spezielle Thema "Die Ein-

---

20) GA Bd. 48, 177 ff., 337 ff. und Bd. 49, 246 ff. (1901 u. 1903). Auch schon Keßler hatte diese beiden Institute verglichen und daraus Folgerungen abgeleitet. Auf diese Vergleiche - die damals dazu dienten, die Zulässigkeit der Einwilligung des Verletzten als Rechtfertigungsgrund zu erweisen - braucht hier nicht mehr eingegangen zu werden, zumal sie nicht zwingend sind (vgl. Noll, S. 66, 67).

21) A.a.O., S. 181.

22) A.a.O., S. 198.

23) A.a.O., S. 338, 339.

24) A.a.O., S. 342 ff.

25) RGSt 25, 375; ebenso RGSt 38, 34 (35); s. unten II, S. 64.

willigung des Minderjährigen im Strafrecht"[26].

Zunächst kritisiert er die vom Reichsgericht vorgenommene zivilistische Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen[27]. Er meint, auf die zivilrechtlichen Regelungen über subjektive Rechte und die Befugnisse, in diese einzugreifen, könne nicht zurückgegriffen werden, da Leben und Gesundheit nicht Gegenstand subjektiver Rechte sein könnten. Über diese Lebensgüter stehe dem Individuum nicht ein w i l l k ü r l i c h e s B e s t i m m u n g s r e c h t dergestalt zu wie dem Rechtsinhaber die Verfügung über sein Recht. Aber das n a t ü r l i c h e R e c h t des einzelnen, über seine physische Persönlichkeit zu bestimmen, müsse da wieder frei werden, wo die Verletzung eines konkurrierenden - allgemeinen - Interesses nicht in Frage stehe. Werde hier eingewilligt, so stelle ein entsprechender Eingriff keine Verletzung der Rechtsordnung dar, sei nicht rechtswidrig. Man befände sich hier auf dem Gebiet sogenannter indifferenter Handlungen, welche zwar nicht erlaubt, andererseits aber auch nicht verboten seien. Derartige Vorgänge seien für das Recht überhaupt bedeutungslos[28].

Sodann greift er - wohl als erster - die damals neue Rechtsgeschäftstheorie Zitelmanns an. Er ist der Ansicht, es fehle bei der Einwilligung am Rechtsfolgewillen, die Einwilligung ziele auch gar nicht auf eine unmittelbare Änderung im Rechtsleben ab. Daher sei sie kein Rechtsgeschäft[29].

Bei der Behandlung der Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger lehnt er Analogien zu den Regelungen für Strafmündigkeitsgrenze und Strafantrag ab[30].

---

26) GA Bd. 54, 357 ff. (1907).
27) Erstmals in einem unveröffentlichten Urteil in Strafsachen vom 15.10.1906 wider Z. - 3 D 420/06 -, zitiert bei Kiehl, a.a.O., S. 357.
28) A.a.O., S. 372-377.
29) Das wird nicht so klar gesagt, ergibt sich aber aus den Ausführungen S. 381 ff. in Verbindung mit der Ansicht über den rechtlich indifferenten Eingriff.
30) A.a.O., S. 385/386 u. 366.

Generelle Lösungen für die Einwilligungsfähigkeit seien nicht möglich, die Frage müsse von dem jeweiligen Delikt her beurteilt werden[31]. Für Eingriffe in den Körper gebe es im bürgerlichen Recht keinen Satz, der den Minderjährigen das freie Bestimmungsrecht über die Unversehrtheit ihrer Person besonders abspreche. Auch die Vorschriften der §§ 1627 ff. und 1793 ff. BGB führten nicht zu unbedingter Bestimmung des gesetzlichen Vertreters über die Vornahme von körperlichen Eingriffen. Dem Minderjährigen könne nicht ein gewisses Selbstbestimmungsrecht in dieser Hinsicht abgesprochen werden; es müsse von Fall zu Fall geprüft werden, ob der Minderjährige in der Lage gewesen sei, die Ersprießlichkeit des Eingriffes zu ermessen[32].

Nachhaltig wendet sich H o n i g [33] gegen die Rechtsgeschäftstheorie; seine Schrift enthält eine eingehende Auseinandersetzung mit Zitelmanns Argumenten aus strafrechtlicher Sicht.

Er führt aus, daß es verfehlt wäre, die Veränderung, die die Einwilligung in der Rechtswelt bewirke, eindeutig ohne Rücksicht auf ihre Wirkung bei den einzelnen Delikten feststellen zu wollen. Das einzige, was man allgemein feststellen könne, sei, daß die Einwilligung in den gesetzlich zulässigen Fällen die Rechtsschutzbedürftigkeit des Angriffsobjektes aufhebe und infolgedessen der an sich strafbaren Handlung den rechtswidrigen Charakter nehme. Damit sei jedoch die rechtliche Natur der Einwilligung noch viel zu vage erfaßt, eine hinreichende Definition sei so noch nicht gegeben. Für diese habe zwar von jeher ein Bedürfnis bestanden, wie Honig zugesteht, weil sich aus der Erkenntnis der Rechtsnatur der Einwilligung die Fragen hinsichtlich der Wirksamkeitsvoraussetzungen beantworten lassen könnten[34]. Er vertritt aber die Ansicht, die juristische Natur der Einwilligung sei nicht einheitlich bestimmbar, vielmehr sei

---

31) A.a.O., S. 386.
32) A.a.O., S. 387, 388; im Anhang, S. 390 ff., findet sich noch eine m.E. zutreffende Auseinandersetzung mit Holer "Die Einwilligung des Verletzten" (1906). Wegen der gebotenen Beschränkung der Darstellung sei darauf nur hingewiesen.
33) Die Einwilligung des Verletzten (1919).
34) A.a.O., S. 140.

die Rechtsnatur entsprechend den Schutzobjekten der einzelnen Strafvorschriften verschieden und demgemäß auch die jeweiligen Wirksamkeitsvoraussetzungen[35].

Um so verwunderlicher findet Honig daher die Zitelmann'sche Rechtsgeschäftstheorie als einheitliche Lösung des Problems. Er sieht sie durch das Streben nach juristischer Exaktheit motiviert, meint aber, sie könne selbst keinen Anspruch auf juristische Exaktheit mehr erheben, sofern man sie jenseits des Kreises der Delikte anwende, deren Schutzobjekte subjektive Rechte seien[36].

Im einzelnen wendet er dann folgendes ein: Der Eingreifende erhalte - entgegen Zitelmann - nicht stets ein Recht, die Handlung vorzunehmen. Es sei also unrichtig, daß jede Einwilligung schon an sich eine Veränderung in der Rechtswelt bewirke, wie es aber für das Vorliegen eines Rechtsgeschäfts unerläßlich sei. Man suche vergeblich nach dem Recht oder Rechtsverhältnis, das jemand beispielsweise durch die Einwilligung seines Freundes erhalte, ihm einen Zahn zu ziehen. Diese Einwilligung sei an sich ohne jede Rechtswirkung[37]. Damit zeige sich weiter, daß diese Einwilligung auch keine Rechtshandlung sei, da für diese ebenso wie für die Rechtsgeschäfte die Auslösung einer Rechtswirkung wesentlich sei. Schließlich gehöre die Einwilligung auch nicht zur Gruppe der Realakte, also derjenigen Handlungen, bei denen das Gesetz die Rechtswirkung lediglich an ihren tatsächlichen Erfolg knüpfe[38]. Denn eine Rechtswirkung trete bei den in Rede stehenden Fällen erst mit dem Vollzuge des gestatteten Eingriffs selbst ein: nämlich die Umwandlung des rechtswidrigen Charakters dieser gesetzlich umschriebenen Handlung in einen nicht rechtswidrigen. Während bei dem Realakt die Rechtswirkung an den Erfolg geknüpft sei, den der H a n d e l n d e s e l b s t gesetzt habe,

---

35) A.a.O., S. 140 ff., insbes. S. 144 ff. u. S. 158.
36) Honig, S. 158 u. 164; insoweit unter ausdrücklicher Berufung auf Max Ernst Mayer, S. 292.
37) A.a.O., S. 159 ff., insbes. S. 160, auch S. 165.
38) Zu diesem Begriff vgl. auch Enneccerus-Nipperdey, § 137 IV 2 b, S. 868.

trete die Rechtswirkung der Einwilligung[39] in der rechtlichen Bedeutsamkeit einer Handlung in Erscheinung, die von e i n e m a n d e r e n als dem Einwilligenden vorgenommen sei. Man müsse somit bekennen, daß die Einwilligung des Verletzten zu Körpereingriffen unter keine der anerkannten Formen der juristisch bedeutsamen Handlungen zu subsumieren sei[40].

Von hier aus gewinnt Honig den Satz, daß die Einwilligungs f ä h i g k e i t jedenfalls bei den Delikten, die nicht die Verletzung subjektiver Rechte zum Gegenstand hätten - hierher zählt auch er offensichtlich die Körperverletzung -, schon vor Eintritt der vollen bürgerlich-rechtlichen Geschäftsfähigkeit gegeben sein könne. Unter Berücksichtigung verschiedener Altersgrenzen des Strafrechts kommt Honig zu folgendem Vorschlag: Die Einwilligungsfähigkeit ist stets vorhanden mit der Vollendung des achtzehnten Lebensjahres, sie fehlt in jedem Falle vor Vollendung des vierzehnten Lebensjahres, innerhalb dieser Grenzen ist sie abhängig von der nach richterlichem Ermessen festzustellenden Einsicht des Einwilligenden in die Tragweite der verletzenden Handlung[41].

M e z g e r [42] entwickelte - ausgehend von der Ansicht, daß Unrecht Interessenverletzung sei - eine Einteilung der Rechtfertigungsgründe in solche nach dem Prinzip des mangelnden Interesses und solche nach dem Prinzip des überwiegenden Interesses. Die erste Gruppe umfaßt dabei die Fälle, in denen das sonst verletzte Interesse aus irgendeinem Grunde entfällt. Als "klassisches Beispiel" für den Unrechtsausschluß nach dem Prinzip des mangelnden Interesses führt er die Einwilligung des Verletzten auf[43]. Diese Eingruppierung zeigt zugleich den Wirkungsgrund dieser Einwilligung: Sie ist zulässig, weil und soweit der Einzelne über seine Interessen selbst bestimmen kann. Danach lehnt er die Rechtsgeschäftstheorie ab. Er meint,

---

39) Diese hier von Honig benutzte Wendung ist nach allem vorher von ihm Entwickelten zumindest ungenau, er müßte etwa von "mittelbarer Wirkung" sprechen.
40) Honig, a.a.O., S. 164, 165.
41) A.a.O., S. 167, 168.
42) "Die subjektiven Unrechtselemente" in GS 89, 207 ff. (1924).
43) A.a.O., S. 270, vgl. auch Lehrbuch, S. 207 ff., Studienbuch, § 38, S. 109 ff.

sie verwische durch die Einordnung der Einwilligung als Rechtsgeschäft in einer die Klarheit störenden Weise den Unterschied zwischen zwei Rechtsinstituten ganz verschiedener Art, nämlich der aufs Zivilrecht beschränkten Einwilligung als befugnisverschaffendem Rechtsgeschäft und der Einwilligung als allgemeinem Rechtfertigungsgrund, der von vornherein für alle Rechtsgebiete gelte. Auf diesem theoretisch verfehlten Grunde gelange die Rechtsgeschäftstheorie zu praktisch unrichtigen Resultaten[44]. An anderer Stelle bezeichnet er die Einwilligung als Rechtshandlung[45].

Ganz entschieden nimmt auch T r a e g e r [46] gegen die Rechtsgeschäftstheorie Stellung. Er meint, daß eine eigenständige strafrechtliche Lösung erforderlich sei. Die Einwilligung in die Verletzung eines höchstpersönlichen Rechtsgutes sei niemals ein Rechtsgeschäft. Es fehle an dessen Charakteristikum: Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Rechtsverhältnissen. Der Mensch stehe nicht in einem Rechtsverhältnis zu seinem Körper, er habe an ihn kein subjektives Recht, und auch für den Einwilligungsempfänger entstehekein subjektives Recht. Daher sei keine der gesetzlichen Vorschriften über Rechtsgeschäfte anwendbar, u.a. also weder die über Anfechtung bei Irrtum und Täuschung - hier sei die Einwilligung des Verletzten ohne Anfechtung bedeutungslos - noch diejenigen über die Geschäftsfähigkeit[47].

F r a n k , der ursprünglich als einziger bedeutender Strafrechtslehrer der Zitelmann'schen Rechtsgeschäftstheorie gefolgt war,[48] führte später aus, daß diese Theorie nur dann passe, wenn das verletzte oder gefährdete Interesse (Rechtsgut) Gegenstand des privatrechtlichen Verkehrs sei. In den anderen Fällen - zu denen durch Verweis auf RGSt 41, 392[49] offensichtlich auch der Eingriff

44) GS 89, 275, 276; dort wirft er auch Honig vor, er verwechsele diese beiden Rechtsinstitute; vgl. auch Lehrbuch, S. 208.
45) Lehrbuch a.a.O.
46) "Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschließungsgründe im künftigen Strafgesetz", GS 94, 112 ff. (1927).
47) A.a.O., S. 145-147.
48) Vgl. Hinweis auf ältere Auflagen bei Frank, Vorbem.III zum vierten Abschnitt, S. 141; auch Honig, S. 159.
49) Vgl. unten II, S.65.

in die körperliche Unversehrtheit gezählt wird - komme es daher z.B. nicht auf die Geschäftsfähigkeit, sondern auf die Urteilskraft des Verletzten an[50].

G e r l a n d [51] machte für die Regelung der Einwilligungsfähigkeit einen Vorschlag, der dem von Honig[52] entspricht.

Bei v. L i s z t - S c h m i d t [53] wurden privatrechtliche Gedanken als für die Einwilligung unanwendbar bezeichnet, immerhin wurde sie hier aber wieder zu den Rechtshandlungen gezählt. Sie wurde als ein Fall der Preisgabe des mangelnden Interesses betrachtet und die Frage nach der Einwilligungsfähigkeit als quaestio facti.

Die übereinstimmenden Grundzüge der im strafrechtlichen Schrifttum vertretenen Ansichten sind bei aller Verschiedenheit der Begründungen im einzelnen nun deutlich erkennbar: a) Die Einwilligung zu Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit ist - trotz Fehlens einer ausdrücklichen Vorschrift - grundsätzlich möglich. Sie ist kein Rechtsgeschäft; überhaupt ist die Heranziehung zivilistischer Gedanken für die strafrechtliche Behandlung des Problems verfehlt. b) Für die Einwilligungsfähigkeit ist die bürgerlich-rechtliche Geschäftsfähigkeit daher nicht maßgebend. Es wird mit niedrigeren Altersgrenzen gearbeitet oder überhaupt nur auf die Einsichtsfähigkeit im Einzelfall abgestellt.

Immer häufiger wird betont, daß die Einwilligung keine Bedeutung habe, wenn sie nicht dem wahren Willen entspreche. Bei Irrtum etc. bedürfe es daher nicht erst der Anfechtung nach den Regeln des bürgerlichen Rechts, um der Einwilligung die Wirkung zu nehmen[54].

---

50) Frank, S. 141-143.
51) HdR Bd. II, 217 (1927); vgl. auch schon "Selbstverletzung und Verletzung des Einwilligenden" in: Vergleichende Darstellung, Allgemeiner Teil, Bd. II, S. 490 ff., 495 u. 503 f. (1908).
52) Vgl. oben S. 57.
53) § 35 III 4, S. 217, 218.
54) Die Diskussion verlagert sich im übrigen sodann auf Einzelfragen wie: Erstreckt sich die Einwilligung nur auf die Handlung oder auch auf den eintretenden Erfolg, genügt eine bloß zustimmende Willensrichtung oder ist eine Willenserklärung erforderlich. Zu diesen

2. Im Jahre 1933 wurde als erste und bisher einzige Gesetzesvorschrift auf dem Gebiet der Einwilligung des Verletzten der § 226a StGB für Körperverletzungen geschaffen. Damit hat ein Teil der im Schrifttum entwickelten Gedanken seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden.

In den Vordergrund der Diskussion um Körpereingriffe rückt nun immer stärker der Kampf gegen die Qualifizierung des ärztlichen Eingriffs als tatbestandsmäßige Körperverletzung[55].

Zu den Fragen nach Zulässigkeit, Umfang und Rechtsnatur der Einwilligung des Verletzten sowie der Einwilligungsfähigkeit des Minderjährigen erscheinen dagegen kaum mehr neue Beiträge.

3. Von den größeren strafrechtlichen Aufsätzen und Monographien zu unserem Thema sind für die Zeit bis heute hier noch die Arbeiten von E n g i s c h [56], G e e r d s [57], N o l l [58] und H a n s e n [59] von Bedeutung.

E n g i s c h meint, das Prinzip des mangelnden Interesses, das in neuerer Zeit mehr und mehr an Stelle des Zitelmann'schen Rechtsgeschäftsdogmas als Grundlage der rechtfertigenden Kraft der Einwilligung anerkannt worden sei, reiche allein auch nicht aus. Objektiv abzuwägen blieben immer noch die Allgemeininteressen am Körper des einzelnen. Der Wille des Verletzten stehe nicht außerhalb der Güterabwägung, sondern sei in die abzuwägenden Interessen als konstitutives Element eingebaut. Engisch

---

beiden Fragen vgl. vor allem schon Mezger, GS 89, insbes. S.273 ff., auch Lehrbuch, S. 209. Als Gegner der Rechtsgeschäftstheorie und ausgehend vom Prinzip des mangelnden Interesses ist er ein Hauptvertreter der Willensrichtungstheorie. Weiter vgl. zu beiden Fragen Schrey, "Der Gegenstand der Einwilligung des Verletzten", der die Ansichten seines Lehrers Mezger noch stärker unterbaut. Diese Fragen können hier nicht weiter vertieft werden.

55) Vgl. oben § 2 I 2, insbesondere S. 6 ff.

56) Ärztlicher Eingriff, ZStW 58, 1 ff. (1939) und: Die ärztliche Operation (1958).

57) Dissertation 1953, teilweise Wiedergabe der Gedanken in GA 1954, 262 ff. (1954).

58) Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besondern die Einwilligung des Verletzten (Basel, 1955).

59) Die Einwilligung des Verletzten bei Fahrlässigkeitstaten, im besonderen das bewußte Eingehen eines Risikos durch den Geschädigten, Dissertation 1963.

meint daher, auch hier sei ein Anwendungsfall des Prinzips des überwiegenden Interesses gegeben. Die Berücksichtigung des Willens des Verletzten bedeute, daß die Rechtsordnung ein Interessenabwägungsrecht, ein Selbstbestimmungsrecht des Verletzten innerhalb gewisser Grenzen als achtenswertes, besonderes Interesse anerkenne und in die rechtsethische Abwägung aller Interessen mit einbeziehe. Die Selbstbestimmung erlange also von Fall zu Fall ihre Entscheidungskraft von den Quellen des Rechts, das unter allen Umständen die letztgültigen Maßstäbe für die Beurteilung des Rechtmäßigen und Rechtswidrigen liefere[60].

Er bezeichnet die Einwilligung als Willenserklärung; meint aber gleichwohl, sie sei kein bürgerlich-rechtliches Rechtsgeschäft. Die Willensfähigkeit sei daher nur nach der konkreten Lagerung der Verhältnisse zu beurteilen[61].

Auf die zivilrechtlichen Teile der Ausführungen von G e e r d s wurde schon oben eingegangen[62]. Aus dem strafrechtlichen Teil[63] sei seine Ansicht hervorgehoben, daß das Wesen der Einwilligung nicht in irgendeiner rechtsgeschäftlichen Funktion gesehen werden könne, vielmehr im Strafrecht allein darin, daß die Einwilligung der Tat die ihr sonst regelmäßig anhaftende grobe Unsittlichkeit - das ist nach Geerds der Kern der Rechtswidrigkeit - nehme[64]. Diese Wirkung der Einwilligung sei gewohnheitsrechtlich und jetzt auch in § 226a StGB anerkannt. Sie sei weder aus dem Zivilrecht noch durch den Wegfall des subjektiven Interesses zu begründen. Die Einwilligungsbefugnis beruhe auf dem mangelnden Interesse des Staates oder der Allgemeinheit, gewisse Verletzungen zu mißbilligen, wenn der Verletzte zustimme. An anderer Stelle heißt es zu dieser Wechselwirkung zwischen "Staatsinteresse" und Einwilligung, das mangelnde Interesse des

60) Ärztlicher Eingriff, ZStW 58, 6, 16 ff.
61) A.a.O., S. 37 ff.
62) Vgl. oben § 3 I 4, S. 30 f.
63) Dieser Teil - Hauptteil der Arbeit - dient der Herausarbeitung eines eigenständigen Begriffes des - tatbestandsausschließenden - "Einverständnisses" gegenüber der -rechtswidrigkeitsausschließenden - Einwilligung.
64) GA 1954, 263.

Rechts, der Gemeinschaft o.ä. verhindere a l l e i n noch nicht das Unwerturteil, sondern als e i g e n t l i c h e r W i r k u n g s g r u n d [65] müsse der zustimmende Wille des Verletzten hinzutreten[66].

N o l l setzt an die Stelle der Unterscheidung zwischen Rechtfertigung aus dem Prinzip überwiegenden und aus dem Prinzip mangelnden Interesses die Ausdrücke Rechtfertigung nach objektiver Wertung und nach Wertung des Verletzten und rechnet die Einwilligung zu der zweiten Gruppe. Er betont, auch die Wirksamkeit der subjektiven Wertung sei jedoch nicht unabhängig von der objektiven. Darauf beruhe die ganze Problematik der Einwilligung des Verletzten[67]. Abwegig sei es, die objektive Wertung durch Konstruktion eines Interesses der Gemeinschaft oder gar des Staates - bei Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit also: an Leben und Gesunderhaltung des einzelnen - auszudrücken. Sie finde sich vielmehr in der Wertung, die sich aus dem Zusammenhang der Rechtsordnung ergebe und letztlich in den sozialethischen Anschauungen wurzele[68]. Je mehr sich die subjektive Wertung des Verletzten der objektiven Wertung annähere, je mehr Aussicht habe sie, als Rechtfertigungsgrund wirksam zu sein[69]. Der Wirkungsgrund der subjektiven Wertung des Verletzten als Unrechtsausschluß sei der Wert der individuellen Freiheit, das Selbstbestimmungsrecht. Die subjektive Wertung des Verletzten werde ihrerseits wieder von der Rechtsordnung gewertet. Auf diese letzte Wertung komme es maßgeblich an. Hier sei der Wirkungsgrund der Einwilligung des Verletzten zu finden[70]. Im übrigen lehnt er die Rechtsgeschäftstheorie ab, und zwar auch wieder mit dem Argument, durch die Einwilligung werde kein Recht begründet[71].

H a n s e n schließt sich Noll bei der Erklärung des Wirkungsgrundes der Einwilligung an und sieht ihn in der Verwirklichung des Wertes der Selbstbestimmung. Auch er

---

65) Sperrungen vom Verf.
66) Dissertation, S. 12, 22, 39, 50.
67) A.a.O., S. 48, 59.
68) A.a.O., S. 67, 85 u.ö.
69) A.a.O., S. 60
70) A.a.O., S. 75 f., 84 f. (insbes. 85, Fußnote 28).
71) A.a.O., S. 69, 130.

lehnt die Rechtsgeschäftstheorie ab[72].

4. In den Kommentaren und Lehrbüchern der Gegenwart - z.B. bei Maurach - wird die Einwilligung des Verletzten auf dem Gebiete der Körperverletzung - abgesehen von den Sonderansichten zum Heileingriff - als tragender Rechtfertigungsgrund angesehen. Es herrscht allgemein die Ablehnung zivilistischer Grundsätze, insbesondere der Rechtsgeschäftstheorie. Die Hand in Hand mit dem Vordringen der Rechtshandlungstheorie vorherrschend gewordene Willensrichtungstheorie[73] wird in steigendem Maße von der Willenserklärungstheorie verdrängt, insbesondere wegen der zunehmend beim Handelnden geforderten Kenntnis der Einwilligung. Für die Einwilligungsfähigkeit wird Vorliegen genügender Urteilskraft und Einsicht in die Bedeutung des Eingriffs im einzelnen Fall gefordert[74].

5. Abschließend sei hier die Einwilligungsvorschrift des Strafgesetzbuch-Entwurfes von 1962 - § 152 - wiedergegeben:

> "Willigt der Verletzte in die Körperverletzung ein, so ist die Tat nur dann rechtswidrig, wenn sie nach den Tatumständen, namentlich im Hinblick auf die Beweggründe und Ziele des Täters und des Verletzten sowie der angewandten Mittel und des voraussehbaren Umfanges der Verletzung, trotz der Einwilligung verwerflich ist."

Zu § 162 E 1962 - Eigenmächtige Heilbehandlung - wird ausgeführt, daß entscheidend für die Straflosigkeit des Arztes die Einwilligung des Betroffenen bleibe; für diese Einwilligung sei im allgemeinen § 152 entsprechend anwendbar[75]. In der Begründung zu dieser Vorschrift heißt es, die jetzige Fassung stelle klar, daß die Körperverletzung dann nicht durch die Einwilligung gerechtfertigt sei, wenn sie trotz der Einwilligung nach den Grundsätzen der Sozialethik und dem sozialethischen Wert-

---

72) Vgl. insbesondere S. 29, 66.
73) Vgl. Nachweise bei Maurach, § 28 I 3, S.287., wo es jedoch bereits heißt: "Die Rechtsgeschäftstheorie hatte aber gegenüber der Rechtshandlungstheorie den entscheidenden Vorzug, daß sie nur solche Fälle rechtfertigte, in denen der Täter auf Grund einer ihm bekannten Einwilligung handelte."
74) Vgl. hierzu Schönke-Schröder, Vorbemerkung zu § 51, Anm. III 6; Maurach, § 28 I 2,3, S.286, 287; Welzel, § 14 VII 2 a∝, S.87 ; Hellmuth Mayer, S. 167.
75) E 1962, Begründung, S. 293.

urteil der gerecht und billig Denkenden verwerflich sei. Die rechtfertigende Wirkung der Einwilligung habe hiernach ihre Grenze dort, wo das sozialethische Unwerturteil einsetze[76].

II. Die Rechtsprechung

In der schon erwähnten Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen aus dem Jahre 1880[77] wird neben dem Leben auch die Gesundheit als unveräußerliches Gut genannt, auf das nicht verzichtet werden könne, weil der Staat seine Erhaltung wegen seines Wertes für die Gesamtheit fordere. Eine rechtswidrigkeitsausschließende Wirkung der Einwilligung wird daher verneint.

In der bekannten und ebenfalls schon angeführten Entscheidung vom 31. Mai 1894[78] wird dann für die ärztliche Operation die rechtfertigende Kraft der Einwilligung anerkannt. Dort wird - wie bereits oben dargelegt[79] - zum ersten Male die bis heute in der Rechtsprechung aufrechterhaltene Ansicht vertreten, daß auch der ärztliche Eingriff grundsätzlich eine Körperverletzung sei, weiter, daß die notwendige Rechtfertigung nicht aus einem Berufsrecht des Arztes, auch nicht aus dem Zweck oder gar dem Erfolg der Heilbehandlung herzuleiten, sondern dafür eben die Einwilligung des Verletzten notwendig sei. Das Gericht führt aus, die dem Arzt eingeräumte Befugnis werde durch den Rechtswillen des Kranken bestimmt und sei jederzeit widerruflich. Da der Senat zivilistische Begriffe wie "Konsens" und "Vertragsverhältnis" verwendet[80] und in einem nicht veröffentlichten Urteil den Irrtum über die Befugnis eines Minderjährigen, selbst einzuwilligen, als zivilrechtlichen Irrtum bezeichnet[81], geht er wohl von der Rechtsgeschäftsnatur der Einwilligung aus und verlangt jedenfalls die zivilrechtliche Volljährigkeit als Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung[82].

---

76) A.a.O., S. 286.
77) RGSt 2, 442.
78) RGSt 25, 375 (3. Strafsenat).
79) § 4 I, S. 4 f.
80) RGSt 25, 375 (382); ebenso RGSt 38, 34 (35).
81) Urteil vom 15.10.1906 wider Z.- 3 D 420/06 -, zitiert bei Kiehl, GA Bd. 54, 357.
82) Vgl. Kiehl, a.a.O.,S. 358 u.386: Das RG gehe zwar vom zivilrechtlichen Status des Minderjährigen aus, lasse aber vom "Vorhandensein (eines Rechtsgeschäftes) ... nichts verlauten".

Die entscheidende Distanzierung von bürgerlich-rechtlichen Gedanken bei der Einwilligung vollzog das Reichsgericht mit der ebenfalls schon genannten Entscheidung vom 3. Juli 1908[83]. Dieses Urteil behandelt allerdings keinen Körperverletzungsfall, sondern es geht um tatsächliche Beleidigungen auf sexuellem Gebiet gegenüber Sechzehn- bis Siebzehnjährigen und die Frage, ob sie wirksam in diese Handlung einwilligen und den Beleidigungen damit die Rechtswidrigkeit nehmen konnten.

Bei Einwilligung in Ehrverletzungen hatte sich in der Reichsgerichtsrechtsprechung schon früher die Entwicklung angebahnt, für die Frage der Wirksamkeit der Einwilligung auf die persönlichen Fähigkeiten und Zustände des Minderjährigen abzustellen[84].

Die neue Entscheidung erstreckt die Erwägungen aber ausdrücklich mit auf die körperliche Unversehrtheit und ist hierfür auch immer wieder als Präzedenzfall zitiert worden[85]. Es heißt dort, die Einwilligung in eine Handlung, die an sich ehrenkränkend erscheine, sei nicht Verfügung über ein Recht oder ein Rechtsverhältnis. Denn der Mensch stehe zu seiner Ehre nicht in einem Rechtsverhältnis. Die Ehre gehöre vielmehr, wie das Leben und die k ö r p e r l i c h e U n v e r s e h r t h e i t [86], zu den sogenannten R e c h t s g ü t e r n , die zwar Dritten gegenüber Rechtsschutz genössen, selbst aber nicht Gegenstand eines Rechtes ihrer Träger seien. Deshalb seien die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die besonderen Gründe, aus denen im Einzelfalle die "Handlungsfähigkeit oder sonst die Willensfähigkeit" ausgeschlossen sein könnten, und über die Rechtswirkungen, die einem solchen Ausschluß oder einer solchen Beeinträchtigung beizumessen seien, unanwendbar.

Übrigens sei auch nicht von den besonderen Strafausschließungsgründen des Strafgesetzbuches oder den Vor-

---

83) RGSt. 41, 392.
84) Vgl. RGSt 10, 372 u. 29, 398.
85) Vgl. z.B. wieder BGH NJW 1959, 811 (Grundsatzentscheidung).
86) Sperrung vom Verf.

schriften über die strafrechtliche Verantwortungsfähigkeit, sondern im Einzelfalle vom Urteilsvermögen des Minderjährigen auszugehen[87].

Diese Grundsätze, wonach die Wirksamkeit der Einwilligung unabhängig von den Rechtsgeschäftsvorschriften zu beurteilen ist - so daß u.a. eine Einwilligung bei Zwang, Betrug oder Irrtum schon ohne Anfechtung ipso iure unwirksam, andererseits unabhängig von der Geschäftsfähigkeit bei konkret festgestellter Urteilsfähigkeit wirksam ist -, finden sich dann durchgehend bis heute in den einschlägigen strafrechtlichen Entscheidungen[88].

§ 5 Zusammenfassung

Im Zivilrecht wurde die Einwilligung des Verletzten zunächst nicht als Rechtsgeschäft betrachtet, nachdem die dahin gehende Ansicht der Motive schon in den Protokollen angezweifelt worden war. Seit 1906 setzte sich mit Zitelmanns Arbeit jedoch die Rechtsgeschäftstheorie durch und wurde auch bereits in den frühesten einschlägigen Urteilen des Reichsgerichts vertreten. Ende der zwanziger Jahre wurden die Ansichten im Schrifttum wieder uneinheitlich, insbesondere weil das Volljährigkeitserfordernis für den Einwilligenden, das sich als Folge der Rechtsgeschäftstheorie ergab, in hohem Maße unzweckmäßig erschien. Unter Aufnahme der schon früh in anderer Richtung gehenden strafrechtlichen Gedanken setzte sich langsam die Rechtshandlungstheorie durch; die starre Altersgrenze wurde auf diesem Wege durch elastischere Regelungen der Einwilligungsfähigkeit ersetzt. Abgesehen von wenigen Schwankungen blieb aber die Rechtsprechung weiterhin unbeirrt bei der Rechtsgeschäftstheorie und dem Erfordernis der Volljährigkeit. Die entscheidende Wende trat hier erst mit dem Urteil des Bundesgerichtshofes aus dem Jahre 1958 ein.

---

87) RGSt 41, 392 (395, 396).
88) Vgl. z.B. RGSt 6 , 34 (Ausnahme offenbar noch einmal RGSt 74, 350, wo zivilistische Formulierungen vorkommen); BGHSt 4, 88 = NJW 1953, 1912; vgl. auch BGHSt 5, 362 = NJW 1954, 847, und BGH NJW 1959, 825; weiter BGH NJW 1962, 682 (683).

Im **Strafrecht** verlief die Entwicklung einheitlicher. Im Schrifttum wurde von Anfang an und wird bis heute die Rechtshandlungstheorie vertreten - oder eine zivilistische Konstruktion überhaupt abgelehnt - und die Einwilligungsfähigkeit unabhängig von der Volljährigkeit ermittelt. Eine Ausnahme machte zeitweilig Frank, der sich zunächst völlig der Rechtsgeschäftstheorie angeschlossen hatte, für den Bereich der Körpereingriffe aber wieder von ihr abrückte. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat, nachdem ganz im Anfang wohl eine rechtsgeschäftliche Auffassung vertreten worden war, ebenfalls ständig die Rechtsgeschäftstheorie und das Volljährigkeitserfordernis abgelehnt. Dem hat sich der Bundesgerichtshof angeschlossen.

Im Zivil- und Strafrecht wird in neuester Zeit von einigen Seiten bezweifelt, ob die Einwilligung des Verletzten überhaupt das tragende Element der Rechtfertigung beim Heileingriff - und auf anderen Gebieten des Körpereingriffs - ist. Die Rechtsprechung sowie die großen Lehrbücher und Kommentare im Zivil- und Strafrecht halten aber an der Einwilligung des Verletzten als Rechtfertigungsgrund fest.

Die herrschende Rechtsprechung und Lehre in beiden Rechtsgebieten lehnt heute die Rechtsgeschäftstheorie ab; sie wird kaum noch vertreten.

2. Teil: Die Stellung der Einwilligung des Verletzten im System des bürgerlichen Rechts

Die Einwilligung des Verletzten zu Eingriffen in seine körperliche Unversehrtheit ist zwar im StGB - § 226 a - geregelt, nicht aber im BGB. Sie ist, wie bereits dargelegt, insbesondere keine Einwilligung im Sinne des § 182 BGB[1]. Sie wird jedoch auch im bürgerlichen Recht als übergesetzlicher Rechtfertigungsgrund anerkannt[2]. Nach wie vor ist ihre Stellung im System des bürgerlichen Rechts umstritten, wie der Literatur- und Rechtsprechungsüberblick gezeigt hat. Der Lösung dieses Problems - häufig auch als Frage nach der "Rechtsnatur" dieser Einwilligung bezeichnet[3] - sollen die folgenden Untersuchungen dienen.

§ 6 Die Einwilligung des Verletzten in der Praxis der Gerichte

Mangels positiver Regelung der Einwilligung des Verletzten im bürgerlichen Recht ist Ausgangspunkt der Untersuchungen die Einwilligung mit den Wirksamkeitsvoraussetzungen, den Merkmalen und der Wirkung, wie sie sich aus der Praxis der Gerichte ergeben. Angesichts der erheblichen Meinungsverschiedenheiten über diese Fragen in der Literatur - und auch in den dogmatischen Ausführungen der Gerichte - ist es bemerkenswert, welche Übereinstimmung im Ergebnis anzutreffen ist. Es ergibt sich folgendes:

1. Wirksamkeitsvoraussetzungen[1]:

a) Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Einwilligenden - unabhängig von der Geschäftsfähigkeit, so daß gegebenen-

---

1) Vgl. oben, § 1, S. 3.
2) Vgl. oben, § 2 III, S. 13.
3) So neuerdings wieder bei Hansen, S. 63; vgl. auch schon Zitelmann, Ausschluß der Rechtswidrigkeit, AcP 99, 48: "juristische Natur".

1) Zu diesem Begriff und der Notwendigkeit, Wirksamkeitsvoraussetzungen vom eigentlichen Tatbestand einer Rechtswirkung zu trennen, vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 136 I, S. 859, und insbesondere Manigk, Rechtswirksames Verhalten, S. 118 ff.

falls auch ein Minderjähriger wirksam einwilligen kann[2].

b) Mangelfreie Willensbildung, so daß ipso-iure - Unwirksamkeit der Einwilligung bei arglistiger Täuschung, Drohung und Irrtum, insbesondere auf Grund mangelnder Aufklärung über den Eingriff eintritt. Es bedarf keiner Anfechtung[3].

2. Wesentliche Merkmale:

a) Eine äußerlich in Erscheinung tretende Einwilligung[4].

b) Jederzeitige Widerruflichkeit[5].

3. Wirkung

Die Wirkung der Einwilligung des Verletzten zu Eingriffen in seine körperliche Unversehrtheit ist der Ausschluß der Rechtswidrigkeit des den Körperverletzungstatbestand erfüllenden Eingriffes, in den eingewilligt wird[6].

---

2) Vgl. in Zivilsachen: OLG München, NJW 1958, 633; BGH NJW 1959, 811 = BGHZ 29, 33 (Grundsatzentscheidung); in Strafsachen: RGSt 41, 392 (394); BGH NJW 1959, 825; daß damit andererseits auch ein Ansatzpunkt dafür gegeben ist, umgekehrt bei einem Geschäftsfähigen die Einwilligungsfähigkeit wegen fehlender Urteils- und Einsichtsfähigkeit im konkreten Falle - unabhängig von den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften - zu verneinen (vgl. hierzu BGHSt 4, 88 = NJW 1953, 912; Geilen, S. 87), ist eine Entwicklungslinie, die im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht zu verfolgen ist.

3) Vgl. in Zivilsachen: z.B. OLG Düsseldorf, NJW 1963, 1679; auch - sinngemäß - BGH NJW 1961, 2203: "Mangels Aufklärung habe es an einer ... w i r k s a m e n Einwilligung ... gefehlt."; in Strafsachen: RGSt 41, 392 (396); BGH NJW 1962, 682 (683); auch oben § 3 II, S. 48.

4) Im Z i v i l r e c h t früher auf Grund der Rechtsgeschäftstheorie selbstverständlich; aber auch dort, wo die Rechtsgeschäftsnatur der Einwilligung bezweifelt wurde, verlangte man zumindest eine "rein tatsächliche Erklärung" (vgl. z.B. RG JW 1911, 748); im S t r a f r e c h t, wo früher auch Entscheidungen im Sinne der Willensrichtungstheorie ergingen (vgl. KG JR 1954, 428), verlangt jetzt der Bundesgerichtshof ebenfalls "ein Verhalten ... (durch das der Betroffene die Einwilligung) unmißverständlich kundtut" (BGH NJW 1963, 165). Unrichtig - zumindest unklar - insoweit wieder OLG Celle, NJW 1964, 736. Möglicherweise wird hier, wie häufig, jedoch nur die konkludente Erklärung irrig zum "rein seelischen Verhalten" gerechnet und der - ausdrücklichen! - Erklärung gegenübergestellt.

5) Dieses in der Literatur - vgl. oben §§ 2 I u. 3 I (S. 16 ff. u. 48 ff.) - durchgehend angeführte Merkmal ist ganz unstreitig; in der Rechtsprechung bestand offenbar kaum je Anlaß, darauf einzugehen. Ausdrücklich erwähnt ist es in BGH VersR 1954, 98 (99 r.Sp.).

6) Siehe S. 70.

Es soll nun untersucht werden, ob diese Einwilligung des Verletzten ein Rechtsgeschäft ist. Darauf deutet folgendes hin. Die Erlaubnis zu einem Eingriff in den eigenen Körper - also in den höchstpersönlichen Bereich - ist ein Kernstück der Selbstgestaltung: Die Einwilligung des Verletzten ist Ausübung der Selbstbestimmung[7].

Das Rechtsgeschäft ist dasjenige Instrument der Rechtsordnung, das für die Ausübung der Selbstbestimmung - im Zivilrecht: der Privatautonomie - zur Verfügung steht[8]. Es ist daher ein naheliegender Gedanke, daß die Einwilligung des Verletzten ein Rechtsgeschäft sein könnte.

§ 7 Zum Begriff des Rechtsgeschäftes

"Nun will ich an dieser Stelle nicht den alten Schmerz erneuern und wieder von dem 'Wesen des Rechtsgeschäftes' sprechen." Dieser Satz, den Zitelmann in ähnlichem Zusammenhange äußert[1], kann hier nur ausdrücklich wiederholt werden. Denn auch heute noch, mehr als 60 Jahre nach dem Inkrafttreten des BGB, zu dessen Kernbegriffen das Rechtsgeschäft gehört[2], ist dieser Begriff - und ebenso der der Willenserklärung - weiterhin heftig umstritten[3]. Es sollen hier demgemäß - eingedenk Zitelmanns Satz - nur diejenigen wesentlichen Begriffsmerkmale des Rechtsgeschäftes und der Willenserklärung herausgestellt werden, deren Vorliegen bei der Einwilligung des Verletzten zur Begründung der Ansicht, daß sie kein Rechtsgeschäft sei, bestritten worden ist.

---

6) Einhelliger Standpunkt der Praxis, vgl. die Rechtsprechungsübersichten oben § 3 II, S. 44 ff. u. § 4 II, S. 64.
7) Vgl. hierzu z.B. Engisch, Ärztlicher Eingriff, ZStW 58/37.
8) Vgl. z.B. Flume, Privatautonomie, S. 136 ff., insbesondere S. 149; Staudinger-Coing, Einleitung vor §§ 104 ff., Randnote 2 b; Manigk, Rechtswirksames Verhalten, S. 147.
1) Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99, 51.
2) und rund 150 Jahre nach der wohl ersten technischen Benutzung des Begriffes für ein Institut, das der Sache nach noch bedeutend älter ist; vgl. Titze, HdR Bd. IV, S. 654; Staudinger-Coing, Einleitung vor § 104, Anm. II 1, Randnote 2.
3) Staudinger-Coing, A.a.O., Anm. II 2, Randnote 2 g.

I. Definitionen und die hier wesentlichen Merkmale

In den Materialien zum BGB heißt es: "Rechtsgeschäft i.S. des Entwurfes ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deshalb eintritt, weil er gewollt ist."- "Unter Willenserklärung wird die rechtsgeschäftliche Willenserklärung verstanden[4]. Die Ausdrücke Willenserklärung und Rechtsgeschäft sind in der Regel als gleichbedeutend gebraucht."[5]

Auf diese Definitionen greifen immer wieder Entscheidungen des Reichsgerichtes zurück[6]. Bei Enneccerus-Nipperdey lauten die Definitionen: "Rechtsgeschäft ist ein Tatbestand, der eine Willenserklärung oder eine Mehrheit von Willenserklärungen enthält und von der Rechtsordnung als Grund für den Eintritt der als gewollt bezeichneten Rechtswirkung anerkannt ist"[7]; und "Willenserklärung ist die auf eine Rechtswirkung gerichtete Privatwillensäußerung."[8] Es wird dort betont, daß die Rechtsgeschäftsdefinition - abgesehen von der Klarstellung der Tatsache, daß ein Rechtsgeschäft noch andere Bestandteile als Willenserklärungen haben könne und einer weiteren, hier nicht näher interessierenden Korrektur - von der Definition der Motive nur formal abweiche[9].

---

4) Die Autoren, die die Einwilligung des Verletzten als "Willenserklärung, aber kein Rechtsgeschäft" (so z.B. Engisch, Ärztlicher Eingriff, ZStW 58, 37) oder als "Willenserklärung rein tatsächlicher Natur" (so z.B. Linckelmann, S. 81) bezeichnen, benutzen den Begriff Willenserklärung somit falsch. Es ist klar, was sie jeweils beabsichtigen (Engisch will z.B. so nur den Gegensatz zur Willensrichtungstheorie herausarbeiten). Gleichwohl ist solche Handhabung einmal festgelegter Begriffe als verwirrend abzulehnen. Vgl. hierzu auch noch Enneccerus-Nipperdey, § 145 II A 1 (14. Aufl.): "...; die Erklärung eines nur auf Tatsächliches gerichteten Willens nennt die Rechtssprache nicht Willenserklärung."

5) Mot. I, S. 126.

6) Vgl. z.B. RGZ 157, 233.

7) Enneccerus-Nipperdey, § 145 II, S. 896; ähnlich z.B. auch Lehmann, Allgemeiner Teil, § 24 III, S. 133.

8) Enneccerus-Nipperdey, § 137 IV 1, S. 864; Lehmann, Allgemeiner Teil, § 24 I, S. 129: "... die auf einen Rechtserfolg gerichtete private Willensäußerung, deren Wirkungen von der Rechtsordnung diesem Erfolgswillen entsprechend bestimmt werden."

9) Enneccerus-Nipperdey, § 145 II, S. 896, Fußnote 3.

Das Rechtsgeschäft kann aus mehreren Willenserklärungen bestehen; besteht es nur aus einer solchen, so decken sich beide Begriffe[10]. So würde es bei der Einwilligung des Verletzten liegen.

Aus den Definitionen können wir nun entnehmen, daß die folgenden beiden Merkmale wesentlich für die Bejahung der Rechtsgeschäftsnatur sind, ihr von den Gegnern der Rechtsgeschäftstheorie behauptetes Fehlen also wirklich verhindern würde, die Einwilligung des Verletzten als Rechtsgeschäft anzusehen. Es handelt sich

a) objektiv: um den Eintritt einer Rechts f o l g e oder Rechts w i r k u n g ;
b) subjektiv: um das Kernstück des jene Rechtsfolge auslösenden Tatbestandes, den eben darauf gerichteten Willen, den R e c h t s f o l g e w i l l e n .

II. Verhältnis der Merkmale zueinander

Das zweite Merkmal gehört zum Begriffsinhalt des Rechtsgeschäftes, das erste ist die an diesen Tatbestand geknüpfte Rechtsfolge; ob man auch diese zum Inhalt des Rechtsgeschäftsbegriffes in einem weiteren Sinne rechnen kann, ist eine theoretische Frage, die für unser Thema keine Konsequenzen hat und daher offen bleiben kann.

Auch ein zweites Problem aus diesem Bereich: Die Frage nach dem V e r h ä l t n i s von Rechtsfolgewillen und Rechtswirkung zueinander, kann hier aus folgenden Gründen dahinstehen. Genau genommen handelt es sich um zweierlei.

1) Einmal erhebt sich die allgemeine Frage nach der A r t d e r V e r k n ü p f u n g von Tatbestand und Rechtsfolge. Dies ist die Frage nach der juristischen Kausalität[11]; sie findet ihren Ausdruck bereits in dem Streit um die Begriffe Rechtsfolge oder Rechtswirkung[12]. Wir gebrauchen beide Begriffe hier gleich-

10) A.a.O., § 145 I, S. 895.
11) Vgl. hierzu Engisch, Juristisches Denken, S. 35 ff.; weiter Manigk, Rechtswirkung, HdR Bd. IV, S. 756, insbesondere zu 5; Staudinger-Coing, Einleitung vor § 104, Randnote 8.
12) Dahinter stehen die Begriffspaare: Ursache - Wirkung und Grund - Folge; zu deren unterschiedlicher Bedeutung vgl. Manigk, a.a.O.

bedeutend. Denn wir brauchen in dem genannten Streit auf dem Wege zur Lösung unseres Problems nicht Stellung zu nehmen, weil es sich dabei offensichtlich um ein rein erkenntnistheoretisches Problem ohne Bedeutung für unsere Fragestellung handelt.

2) Das zweite ist die Frage nach dem "eigentlichen" W i r k u n g s g r u n d des Rechtsgeschäftes: Tritt die Rechtswirkung auf Grund des Rechtsfolgewillens - also der Privatautonomie - oder auf Grund der entsprechenden gesetzlichen Vorschriften ein; anders formuliert: bewirkt die Ausübung eines subjektiven Rechts, der Willensmacht[13], oder aber das objektive Recht eine Rechtsfolge[14]. Dies läuft von der zeitlichen Wurzel her gesehen auf die Frage hinaus, ob das Ei oder das Huhn zuerst dagewesen ist: Steht am Anfang - und gewinnt von daher die Legitimation als eigentlicher Wirkungsgrund - die individuelle Willensmacht, die dann von der objektiven Rechtsordnung geschützt wird[15], oder ist diese Ursprung und Quell allen Rechts, subjektives Recht deshalb nur von ihr gewährt?[16]

Für uns ist ausschlaggebend und ausreichend, daß ohne Ausübung der Privatautonomie die jeweilige Rechtsfolge

---

13) Subjektive Rechte werden definiert als durch die Rechtsordnung verliehene, zur Befriedigung menschlicher Interessen dienliche (Willens-)Macht; vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 72 II, S. 438 (vgl. auch S. 429); diese Macht wird durch Rechtsgeschäft ausgeübt.

14) Vgl. hierzu Manigk, Rechtswirkung, HdR Bd. IV, S. 753 ff., insbesondere S. 757 zu 6; weiter System, IherJ. 83, 37 u.ö.; Rechtswirksames Verhalten, S. 145 (ständig gegen Thons "Auslösungstheorie"); weiter Enneccerus-Nipperdey, § 49 I, S. 299, Fußnote 2, u. § 145 II A 1, S. 897, Fußnote 5; Staudinger-Coing, Einleitung vor § 104, Randnote 12 ff.

15) Vgl. hierzu Hubmann, S. 112: "Die positive Rechtsordnung vermag subjektive Rechte wohl anzuerkennen und zu sanktionieren, sie vermag sie aber nicht zu schaffen, wenn sie ihre innere Berechtigung nicht bereits mit sich bringen."- Zur Frage der zeitlichen Priorität vgl. auch Enneccerus-Nipperdey, § 72, S. 429, Fußnote 2.

16) Vgl. hierzu Esser, Einführung, S. 155: "Kraft- oder Stromquelle ist also immer das objektive Recht. "Weiter noch Enneccerus-Nipperdey, § 49 I, S. 299: "Diese schöpferische Kraft kann nur auf dem objektiven Recht selbst beruhen."- "Die Rechtssätze, die dem Menschen diese Macht zur Begründung von Rechtswirkungen gewähren, nennen wir ermächtigende Rechtssätze."

jedenfalls nicht eintreten würde, daß die Rechtsordnung den Rechtsfolgewillen vielmehr als das für die Herbeiführung der Rechtswirkung wesentliche Tatbestandsmerkmal des Rechtsgeschäftes festsetzt. Die Notwendigkeit dieses Rechtsfolgewillens ist damit anerkannt. Die Frage nach dem Verhältnis von Willensmacht und Rechtsordnung zueinander kann im übrigen hier dahinstehen, weil sich aus der Beantwortung dieser Frage nichts für die Lösung unseres Problems ergibt.

Wir können daher nun auf die Rechtswirkung und den Rechtsfolgewillen selbst eingehen.

§ 8 Die Rechtswirkung der Einwilligung des Verletzten

Eine Rechtswirkung, eine Änderung in der Rechtswelt[1] ist die Entstehung, Aufhebung oder Veränderung eines Rechts oder eines Rechtsverhältnisses[2]. In Betracht käme hier, daß dem Einwilligungsempfänger ein Recht eingeräumt wird oder zumindest eine andersartige Rechtsposition, die es rechtfertigt, die Entstehung eines Rechtsverhältnisses zwischen ihm und dem Einwilligenden zu bejahen.

Ausgangspunkt für die Ermittlung der Rechtswirkung der Einwilligung ist die ihr nach der Praxis der Gerichte - und im Strafrecht nunmehr gemäß § 226 a StGB - zukommende Wirkung der Rechtfertigung des Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit. Hier werden nun - wie im Literaturüberblick gezeigt - zwei wesentliche Einwendungen erhoben.

Einmal wird bestritten, daß die Rechtfertigung des Heileingriffs auf der Einwilligung des Verletzten beruhe. Als tragender Rechtfertigungsgrund[3] wird ein objektives

---

1) So formuliert u.a. Honig, S. 159.
2) Enneccerus-Nipperdey, § 71 I, S. 427; Honig, a.a.O.; allgemeiner Manigk, Rechtswirkung, HdR Bd. IV,S.756.
3) Geilen, S. 134: "tragende Rechtfertigungsbasis".

Prinzip angesehen, die sozialethisch positive Bewertung des Heileingriffs[4].

Zum anderen wurde schon früher häufig die Meinung vertreten, die Einwilligung habe keine Rechtswirkung im oben wiedergegebenen zivilrechtlichen Sinne, insbesondere verleihe sie dem Eingreifenden kein Recht zum Eingriff[5], ohne daß aber dabei das Ergebnis - Rechtswidrigkeitausschluß - bestritten wurde.

Auf beide Ansichten ist einzugehen.

I. Die Einwilligung des Verletzten als Rechtfertigungsgrund beim Heileingriff

1. Um die Bedeutung der Einwilligung des Verletzten bei der Rechtfertigung des Heileingriffs zu zeigen, ist es notwendig, den Vorgang des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit zu betrachten[6].

Normwidrig ist eine Handlung, wenn sie den Wortlaut eines Verbotstatbestandes erfüllt, d.h. also eine einzelne Norm verletzt. Damit ist aber die Rechtswidrigkeit noch nicht endgültig bejaht, sondern nur indiziert. Aus der Rechtsordnung können den Verbotsnormen nämlich Erlaubnissätze entgegentreten, die das Verbot für den einzelnen Fall aufheben und die Tatbestandsverwirklichung gestatten.

---

4) Auf diesen Nenner lassen sich die verschiedenen Formulierungen bringen, so Stoll "das rechtlich entscheidende Moment... die der Einwilligung vorgegebene sozialadäquate Befugnis des Arztes, mit Einwilligung des Patienten gewisse körperliche Eingriffe vorzunehmen" (S. 263, Anm. 2); ähnlich Flume (JZ 1961, 655); Geilen: die "das positive Werturteil allein fundierende Zweck-Mittel-Relation" (S. 89); vgl. die Wiedergaben oben § 4 I 7, S. 37 ff.

5) Vgl. die oben § 4 I 1, S. 48 ff. Angeführten; insbesondere z.B. Honig, S. 159 ff.; weiter Geerds, Dissertation, S. 231, 232; (Wiedergaben oben § 4 I 1, S. 56, u. § 3 I 4, S. 30 f.).

6) Die folgenden Ausführungen stützen sich insbesondere auf die grundsätzlichen Erwägungen zur vorliegenden Frage auf dem Gebiet des Strafrechts, die angesichts der Einheit der Rechtswidrigkeit (vgl. oben § 2 III, S. 13 ff.) auch für die Deliktstatbestände des bürgerlichen Rechts zutreffend sind.

Diese Erlaubnissätze sind die Rechtfertigungsgründe[7].

Ihre rechtfertigende Wirkung beruht auf folgendem: Das materielle Unrecht, das im Regelfall bei Verletzung einer Verbotsnorm vorliegt, kann im Einzelfall aufgehoben werden. Materielles Unrecht ist Wertverletzung[8]. Es setzt sich nach heutiger Auffassung zusammen aus dem Erfolgsunwert - Verletzung der Rechtsgüter, die Schutzobjekte der strafrechtlichen Normen sind - und dem Handlungsunwert[9].

Die Rechtfertigung besteht demgemäß in der Aufhebung des materiellen Unrechts durch die Verwirklichung oder den Schutz von Werten, die den verletzten Werten überlegen sind[10].

2. Es soll hier mit der herrschenden Lehre und Rechtsprechung davon ausgegangen werden, daß die Einwilligung des Verletzten unerläßlich ist, um den Heileingriff zu rechtfertigen[11], daß also der in ihr verwirklichte Wert

---

7) Vgl. zum ganzen Welzel, § 14 I 1, S. 73 f.; es ist allgemein anerkannt, daß hierzu nicht nur die ausdrücklich im Gesetz enthaltenen Erlaubnissätze zählen; vgl. hierzu Frank, Vorbem. zu §§ 51 ff., Anm. III; Schönke-Schröder, Vorbem. zu § 51 ff., Anm. III, Randnote 9.

8) Vgl. allgemein Welzel, § 1 I, S. 1 ff.; insbesondere Noll, S. 29 ff.; weiter noch Hansen, S. 20 ff.

9) Vgl. die in der vorigen Fußnote Angeführten.

10) Vgl. Noll, S. 48; Hansen, S. 29; folgt man der - vor der Werttheorie herrschend gewesenen - Interessentheorie, so handelt es sich demgemäß bei richtiger Betrachtung um Rechtfertigung nach dem Prinzip des überwiegenden Interesses. (So mit Recht Engisch, Ärztlicher Eingriff, ZStW 58, 6 ff., bei der Rechtfertigung des Heileingriffes unter Ablehnung des Prinzips des mangelnden Interesses.)

11) Es kann hier auf die Wiedergaben der Lehre und Rechtsprechung oben in §§ 3 und 4 insgesamt verwiesen werden; hervorgehoben sei insbesondere nochmals die Begründung zu § 162 E 1962 - Eigenmächtige Heilbehandlung -, wonach die Einwilligung nach wie vor als entscheidend angesehen wird (vgl. oben § 4 I 5, S. 63).

der Selbstbestimmung des Patienten dem Unwert der Verletzung der körperlichen Unversehrtheit überlegen ist und ihn wettmacht[12)13)]. Es besteht kein Anlaß, auf einem Gebiet wie dem des Heileingriffs, wo es in hohem Grade um persönliche Entscheidungen geht, die Bedeutung der Selbstbestimmung für die Rechtfertigung zu leugnen und an ihre Stelle ein objektives Prinzip zu setzen[14)].

3. Auch von den Vertretern abweichender Meinungen wird nun die Bedeutung der Heileinwilligung nicht völlig geleugnet, nur messen sie ihr gegenüber den nach ihrer Ansicht tragenden objektiven Prinzipien geringere Bedeutung bei[15)].

---

12) Vgl. Noll, S. 74; Hansen S. 29; vgl. auch Engisch: Die Selbstbestimmung ist die "den ärztlichen Eingriff lenkende Willensfunktion", Ärztlicher Eingriff, ZStW 58, 103.- Die Aufhebung des Unwertes durch Einwilligung hat ihre Grenzen, vgl. § 226 a StGB.

13) Hier steht die Aufhebung des Erfolgsunwertes im Vordergrund. Zu der notwendigen Aufhebung des Handlungsunwertes vgl. unten, § 10 II, S. 124, Fußnote 20.

14) Daß es in anderen Fällen, in denen die Annahme einer Einwilligung auf eine Fiktion hinauslaufen würde, richtig ist, die Rechtfertigung aus objektiven Prinzipien abzuleiten (hier ist in erster Linie an Stolls Untersuchung zum "Handeln auf eigene Gefahr" zu denken), sei nicht geleugnet.

15) Vgl. die oben, S.75, Fußnote 4, Angeführten. Unberücksichtigt muß hier die Problematik der Wirkung objektiver Prinzipien im einzelnen bleiben. Hierzu nur folgender Hinweis. Man spricht dabei u.a. von Rechtfertigung nach der Zwecktheorie auf Grund der Bewertung der Heilzweck - Heilmittel - Relation (so Geilen, S. 134, u.ö.) oder auch nach dem Prinzip der Sozialadäquanz (vgl. z.B. Stoll, S. 263, Anm.2: "sozialadäquate Befugnis des Arztes"). Hier ergeben sich große Probleme, die mit Grundfragen der Unrechtslehre zusammenhängen und nicht Gegenstand dieser Arbeit sein können. Kennzeichnend für die in Betracht kommenden Fragen ist die Tatsache, daß Welzel, der Schöpfer der Lehre von der sozialen Adäquanz, diese zunächst als tatbestandsausschließend, später als rechtfertigend ansah, heute aber wiederum als tatbestandsbeseitigend betrachtet (vgl. § 10 IV, S. 50 ff., insbesondere S. 52). Soweit man deswegen wiederum zu dem Ergebnis kommt, der Heileingriff sei gar nicht tatbestandsmäßig, ist hierauf schon nach dem oben, § 2 I, S. 4 ff., Gesagten in dieser Arbeit nicht einzugehen. Welche Schwierigkeiten auftreten, zeigt beispielsweise der Satz von Stoll, die ärztliche Operation sei "grundsätzlich nur dann erlaubt und sozialadäquat, wenn der Patient ...eingewilligt" habe (S. 263, Anm. 2), betrachtet man ihn im Lichte von Welzels jetziger Ansicht. Danach würde

Es soll nicht geleugnet werden, daß auch der sozialethisch positiven Bewertung des Heileingriffs eine gewisse Bedeutung bei dessen Rechtfertigung zukommt. Das zeigt folgende Überlegung.

Ein Heileingriff kann Konsequenzen haben, die durch die Einwilligung des Verletzten nicht gedeckt werden können. Zu denken ist hier vor allem an den Fehlschlag einer kunstgerecht ausgeführten Operation, die zum Tode des Patienten führt. Eine Tötung kann nicht durch E i n w i l l i g u n g gerechtfertigt werden[16]. Das zeigt § 216 StGB, wonach selbst eine v e r l a n g t e T ö t u n g bestraft wird.

Von dieser Einsicht ausgehend, hat man den Heileingriff als durch das objektive Prinzip des "erlaubten Risikos"[17] gerechtfertigt angesehen[18]. Selbst dann spielt

---

die - tatbestandsausschließende - Sozialadäquanz hier die - rechtfertigende - Einwilligung voraussetzen.

16) Vgl. Schönke-Schröder, § 226 a, Anm. I; BGH NJW 1953, 912 (913) = BGHZ 4, 88; für das Zivilrecht Enneccerus-Lehmann, § 231 III 3, S. 931; das gleiche gilt grundsätzlich für s c h w e r e Körperverletzungen.

17) Von erlaubtem Risiko spricht man vor allem bei gefährlichen Betrieben - z.B. Steinbrüchen, Bergwerken, Fabriken. Man sagt, je sozial wertvoller der verfolgte Zweck sei, desto weitergehend gestatte das Recht eine Gefährdung von Rechtsgütern durch Handlungen, die zur Erreichung dieses Zweckes notwendig seien; wesentlich sei, daß auch die aus dem ordnungsgemäßen Betriebe resultierenden Verletzungen um der Nützlichkeit des Betriebes willen in Kauf genommen würden. Vgl. Welzel, § 18 II b bb (5. Aufl., anders seit der 7. Aufl., § 18 I 1 a β, S. 115, wo der Begriff "erlaubtes Risiko" vermieden und durch "maßvolles Risiko" ersetzt wird); Schönke-Schröder, § 59, Anm. X 6 b, Randnote 157.

18) Vgl. z.B. Schönke-Schröder, Vorbem. zu §§ 51 ff., Anm. III 9; bereits in frühen Entscheidungen zur "Gefahrübernahme" - einem entsprechenden Prinzip - wird die Operation als ein dorthin gehöriger Fall genannt; vgl. RGSt 57, 172 (173), u. Mittermaier, JW 1925, 2251 in der Anm. zu RG JW 1925, 2250; vgl. noch Geilen, S. 164, Anm. 397 m.w.Nachw.

aber die Einwilligung eine Rolle; beide Gesichtspunkte wirken bei der Rechtfertigung auffolgende Weise zusammen. Die Heileinwilligung umfaßt zwei verschiedene Bereiche. Zunächst rechtfertigt sie den - sozusagen "vorsätzlich" verursachten - direkten "Erfolg" des Eingriffes: beispielsweise die Schnittverletzung bei der Operation. Weiter rechtfertigt sie aber auch - grundsätzlich - die mit der Operation verbundene Gefährdung, das Risiko, sowie die eventuelle Realisierung dieses Risikos, also die sozusagen "fahrlässig" verursachten "Erfolge"[19]. Es ist heute anerkannt, daß die Einwilligung zu einer Handlung in Kenntnis des damit verbundenen Risikos die Gefährdung und eine eventuelle "fahrlässige" Verletzung rechtfertigt[20].

Die Einwilligung ist danach immer der Rechtfertigungsgrund für den direkten "Erfolg", nur im Bereich des Risikos und dessen eventueller Realisierung versagt sie, wenn es - wie beim Tod - um Gefahren oder Verletzungen geht, die sie nicht zu rechtfertigen vermag. Hier greift das Prinzip des erlaubten Risikos als Rechtfertigungsgrund ein, aber auch das nur, wenn eine Einwilligung vorliegt. Es handelt sich dabei um einen Fall des "er-

19) Man kann hier also eine Verletzungseinwilligung und eine Risikoeinwilligung unterscheiden; ähnlich z.B. Geilen, S. 137.

20) Mit Recht hat sich heute die sogenannte Handlungstheorie, wonach Gegenstand der Einwilligung die Handlung ist, gegenüber der Erfolgstheorie durchgesetzt; vgl. z.B. Mezger, Lehrbuch, § 28 I, S. 209; eingehend Schrey, S. 46 ff.; Erdsiek, Ärztlicher Eingriff, NJW 1959, 807 (808); Hansen, S. 107 ff., insbesondere S. 114 f. Dem entspricht es, wenn man heute sagt, Gegenstand der Heileinwilligung sei der Eingriff, so wie er vorausschauend mit seinen Gefahren und Chancen gesehen wird (So Engisch, Ärztliche Operation, S. 9.) Es kommt in diesem Sinne nicht auf den Erfolg, sondern auf das ärztliche Handeln als solches an; der gesamte Heileingriff wird gerechtfertigt, unabhängig vom - medizinischen - Erfolg. (Vgl. OLG Stuttgart, VersR 1955, 653: "Die Einwilligung kann ihrer Natur nach nicht vom späteren Ausfall der Behandlung abhängig gemacht werden.")

weiterten erlaubten Risikos"[21].

Nach alledem bleibt aber die Einwilligung des Verletzten für die Rechtfertigung des Heileingriffs wesentlich. In einzelnen Fällen ist die Heranziehung objektiver Prinzipien zur Rechtfertigung notwendig; auch insoweit bleibt aber die Einwilligung unerläßlich.

Es ist im vorliegenden Zusammenhang müßig und läuft auf eine Wortspielerei hinaus, feststellen zu wollen, ob die Einwilligung "tragender" oder "eigentlicher Rechtfertigungsgrund" ist und objektive Prinzipien nur eine untergeordnete, wirkungserweiternde oder-begrenzende Rolle spielen oder umgekehrt. Die Frage entspricht der oben[22] angeschnittenen allgemeinen Frage, ob Rechtswirkungen auf der objektiven Rechtsordnung oder auf der subjektiven Willensmacht beruhen. Hier wie dort ist die Ausübung der Selbstbestimmung unerläßliche Voraussetzung des Eintritts der betreffenden Wirkung, und das allein ist ausreichend für die vorliegende Untersuchung.

II. Wirkungsweise der Einwilligung des Verletzten bei der Rechtfertigung des Heileingriffs

Es muß nun genauer untersucht werden, wie die Einwilligung die Rechtfertigung bewirkt.

---

21) Vgl. Welzel, § 14 VII 3 (5. Aufl.; 7. Aufl., S.88, ähnlich unter Vermeidung des Begriffes e r l a u b t e s Risiko); Schönke-Schröder, Vorbem. zu § 51, Anm. III 9; vgl. auch die ganz entsprechende Konstruktion Stolls: "erschwerte Fälle des Handelns auf eigene Gefahr" (S. 248 ff., vgl. oben § 3 I 7, S. 39).- Welzel vermeidet - wie erwähnt - jetzt die Benutzung des Begriffs "erlaubtes Risiko". Er setzt an dessen Stelle "maßvolles Risiko" und behandelt dieses bei der Frage der Sorgfaltspflicht, d.h. im Tatbestand des fahrlässigen Delikts. Sollte sich diese Betrachtungsweise durchsetzen, so könnte man den Begriff des erlaubten Risikos allein für die hier behandelten Fälle benutzen, in denen die objektive Rechtfertigung durch den nützlichen Zweck erst eintreten kann, wenn eine Einwilligung - eine "Erlaubnis" - vorliegt.
Hansens Ablehnung der Erweiterung des erlaubten Risikos durch Einwilligung (S. 120) ist nicht zu folgen: Das erlaubte Risiko senkt die Sorgfaltspflicht, hierzu ist in unserem Falle die Einwilligung erforderlich.

22) § 7 II 2, S. 73 f.

1. Häufig spricht man hier von Aufhebung der Rechtsschutzbedürftigkeit des Angriffsobjektes[23] bzw. Rechtsschutzverzicht[24]. Diese Formulierungen sind der älteren Formulierung "Rechtsgutsverzicht"[25] vorzuziehen, denn selbstverständlich verzichtet der Einwilligende nicht auf die körperliche Unversehrtheit: Er gibt nicht das Interesse an der Unversehrtheit des Angriffsobjektes - seines Körpers - auf. Er gibt vielmehr seine körperliche Unversehrtheit nur einer ganz bestimmten, durch die Einwilligung umrissenen Einwirkung preis. In diesem begrenzten Sinne kann man von Preisgabe des Rechtsschutzwillens[26] oder Verzicht auf Rechtsschutz[27] sprechen.

2. Damit ist aber die Wirkungsweise der Einwilligung des Verletzten noch nicht genügend erfaßt. Man kann seit Zitelmann[28] bei vielen Autoren eine andere Erklärung der rechtfertigenden Wirkung finden: Der Einwilligende gebe dem Eingreifenden ein Eingriffsrecht. Gerade diese Ansicht wurde vielfach, insbesondere im strafrechtlichen Schrifttum, bekämpft[29]. Andererseits wird sie auch heute noch im Strafrecht vertreten, so zum Beispiel von Maurach[30].

Zur Beantwortung dieser Streitfrage muß man zwei Gesichtspunkte, die miteinander zusammenhängen, unterscheiden. Zum einen beruhen die Angriffe gegen ein Eingriffsrecht darauf, daß die Gegner davon ausgehen, es handle sich hierbei um ein subjektives Recht im zivilrechtlichen Sinne, und dessen Einräumung leugnen.

Zum anderen wird vielfach ausgeführt, durch die Einwilligung werde lediglich negativ die Widerrechtlichkeit aus-

23) So Honig, S. 140.
24) So Geerds, GA 1954, 263; Welzel, § 14 VII 2 a, S.87.
25) So immer noch Maurach, § 28 I 2 a, S. 267.
26) So KG JR 1954, 428 unter Bezugnahme auf Mezger.
27) So z.B. wieder BGH NJW 1963, 165.
28) Ausschluß der Rechtswidrigkeit, AcP 99, 56; vgl. weiter z.B. v. Tuhr, Bd. II 2; § 88 IV 4, S. 467.
29) Vgl. oben §§ 3 I 1 u. 4 I, S. 18 u. 48 ff.
30) Vgl. Maurach, § 24 III 1, S. 250.

geschlossen, der Eingreifende erhalte jedoch kein Recht zum Eingriff; daher sei der Eingriff zwar nicht widerrechtlich, aber auch nicht rechtmäßig: Die Handlung sei rechtlich indifferent[31].

Indessen ist neben den Begriffen "rechtmäßig" und "rechtswidrig", um zunächst auf diese Argumentation einzugehen, eine dritte, neutrale Kategorie des rechtlich Indifferenten für die juristische Arbeit nicht brauchbar. Die Tat wird vom Recht entweder verworfen oder gebilligt. Die Alternative r e c h t s w i d r i g o d e r r e c h t m ä ß i g läßt somit keine dritte Möglichkeit zu[32].

Hieraus wird nun gefolgert, daß jeder Rechtfertigungsgrund - also auch die Einwilligung des Verletzten - dem Täter ein "Recht" zu dem tatbestandsmäßigen Handeln gewährt[33]. Durchaus fraglich ist es aber in der Tat - und damit kommen wir zu dem ersten Argument zurück -, ob ein echtes subjektives Recht eingeräumt wird. Halten wir zunächst die Tatsache fest, daß hier häufig nicht von Recht a u f den Eingriff - oder gar a m Körper des Verletzten - , sondern von Recht z u m Eingriff

---

31) Vgl. z.B. Keßler, S. 26; Klee, GA Bd. 48, 339; Kiehl, GA Bd. 54, 377; Linckelmann, S. 71,72; Esser, Einführung, S. 155.

32) So besonders Horn, S. 24; weiter vor allem Maurach, § 24 III 1, S. 250, bei dem es heißt: "Dieses Entweder-Oder entspricht der heute herrschenden Meinung."; vgl. auch schon Eltzbacher, S. 96,97. Er räumt ein, daß menschliches Verhalten als Erscheinung des Lebens allerdings rechtlich bedeutungslos sein könne. Davon müsse man aber rechtliches Verhalten als Bestandteil der Rechtsnorm - i.S. rechtswirksamen Verhaltens als Tatbestandsteil - unterscheiden. "Für die Rechtswissenschaft kommt menschliches Verhalten ... nur als rechtswirksames Verhalten in Betracht. Dieses muß aber notwendig entweder ein rechtmäßiges oder rechtswidriges Verhalten sein."

33) So ausdrücklich Maurach, a.a.O., er nennt die eingeräumte Befugnis - offenbar von der Notwehr her - ein "echtes Notrecht".

gesprochen wird[34].

Danach können wir bisher sagen: Die Einwilligung des Verletzten wirkt als Rechtfertigungsgrund, indem sie dem Eingreifenden ein sogenanntes "Recht zum Eingriff" verleiht und zugleich insoweit einen begrenzten Rechtsschutzverzicht darstellt[35]. Diese Wirkung beruht auf der Ausübung des - heute auch durch Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes garantierten[36] - Selbstbestimmungsrechts.

Von diesem Ergebnis aus kann die Stellung der Einwilligung des Verletzten im System des bürgerlichen Rechts weiter untersucht werden.

Es muß nunmehr geprüft werden, was dieses "Recht zum Eingriff", das der Einwilligungsempfänger erhält, wirklich ist, ob also darin - oder worin sonst - die Rechtswirkung der Einwilligung besteht.

III. Untersuchung der Synonyma für "Einwilligung des Verletzten"

Hierfür ist es nützlich, die vielen in der Diskussion auftauchenden Synonyma für den Begriff "Einwilligung des Verletzten" daraufhin zu untersuchen, ob dabei Institute genannt werden, die für die Erkenntnis der Stellung der Einwilligung im System des bürgerlichen Rechts vergleichend herangezogen werden könnten[37].

---

34) Die Formulierung "Recht zum Eingriff" wird - ohne besondere Analyse dieses "Rechtes", man möchte sagen: instinktiv - immer wieder benutzt, so z.B. bei Enneccerus-Nipperdey, § 72 I 3 b, S. 433, u. ebenso bei Lehmann, Allgemeiner Teil, § 12 I 2 aαββ, S. 77 (9. Aufl.), ausdrücklich auch für den Fall der Einwilligung des Verletzten.

35) Beide Erklärungsweisen der Einwilligung des Verletzten sind anstandslos vereinbar: Wer dem anderen eine Handlungsbefugnis im sonst verbotenen Raum einräumt - hier vorerst "Recht zum Eingriff" genannt -, verzichtet auf den sonst gegenüber der entsprechenden Handlung gegebenen Rechtsschutz.

36) Vgl. z.B. Maunz-Dürig, Art. 2 Abs. 1, Anm. 34.

37) Kritisch zum Begriff "Einwilligung des Verletzten" selbst schon Linckelmann, S. 80, u. Pfersdorff, S.13; neuerdings wird statt dessen häufiger von der "Einwilligung des Betroffenen " gesprochen; vgl. z.B. Stoll, S. 307 u.ö.; E 1962 StGB, Begründung, S. 293; BGH NJW 64, 1177.

Es finden sich[38]: Zustimmung[39], Genehmigung[40], Einverständnis[41], Erteilung oder Einräumung einer Befugnis[42], Gestattung[43], Erlaubnis[44] und Ermächtigung[45][46].

"Zustimmung" ist in bezug auf unser Problem ein unscharfer Oberbegriff (vgl. § 182 BGB), der nicht verwendet werden sollte. Ebenso kommt der Begriff "Genehmigung" nicht in Betracht. Durch die BGB-Terminologie ist er auf die n a c h t r ä g l i c h e Zustimmung festgelegt (§ 184 BGB); es besteht jedoch Einigkeit darüber, daß durch eine solche die Rechtswidrigkeit des in Betracht kommenden Eingriffs nicht beseitigt wird[47]. Der Begriff sollte in einem weiteren Sinne nicht gebraucht werden; im engeren Sinne ist er hier falsch. "Einverständnis" ist aus zwei Gesichtspunkten besser auszuscheiden. Im Zivilrecht wird der Begriff seit Eltzbacher[48] meist für rein seelisches Verhalten, nämlich i n n e r e

---

38) Als Substantiva oder auch verbal.
39) Z.B. Gerland, HdR Bd. II, S. 215; RGZ 68/431 (432); RGSt 25, 375 (381); Linckelmann, S. 80.
40) Z.B. Linckelmann, S. 78, 80.
41) Z.B. Lehmann, HdR Bd. II, S. 210; RGSt 60, 34 (35); vgl. auch Manigk, Rechtswirksames Verhalten, S.509.
42) Z.B. Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99, 55; vgl. auch OLG Darmstadt, OLGE 14, 14; RGSt 25, 375 (381).
43) Z.B. Keßler, S. 19; Kiehl, GA Bd. 54, 357 ff. (377); Geerds, GA 1954, 263, Diss. S. 219; Linckelmann,S.78; Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99, 60; v. Tuhr, Bd. II 2, § 88 IV 4, S. 467; Soergel-Siebert, Bd. I, § 107, Anm. 2; OLG Darmstadt, OLGE 14, 14; BGH NJW 1959, 811 (Grundsatzentscheidung); Larenz, Bd. II, § 66 I e 1, S. 431.
44) Z.B. Keßler, S. 20; Stooß, S. 30; v. Tuhr, Bd. II 2, § 88 IV 4, S. 467; Geerds, GA 1954, 263, Diss.S.221; vgl. auch Eltzbacher, S. 186.
45) Z.B. Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99, 56; Fischer, S. 276; Soergel-Siebert, Bd. I, § 107, Anm. 2; Larenz, Bd. II, § 66 I e 1, S. 431. BGH NJW 1959, 811 (Grundsatzentscheidung).
46) Generell sei noch darauf hingewiesen, daß viele Autoren mehrere Begriffe unterschiedslos nebeneinander benutzen.
47) Vgl. z.B. Welzel, § 14 VII 1 a ß, S. 88.
48) Vgl. Eltzbacher, S. 231 ff., insbesondere S. 244 ff.

Wollungen[49] - im Gegensatz zu Willens e r k l ä r u n g e n - benutzt; um solchen bloß inneren Willen handelt es sich aber bei der Einwilligung des Verletzten nicht. Im neueren Strafrechtsschrifttum wird er dagegen - zum Unterschied von der Einwilligung des Verletzten als Rechtfertigungsgrund - dort benutzt, wo durch den zustimmenden Willen des Verletzten bereits der Tatbestand entfällt[50]; und auch darum geht es hier ja nicht. Einräumung einer Befugnis ist deswegen ein unbrauchbarer Begriff, weil das Wort Befugnis doppeldeutig ist. Es umfaßt als Ausdruck des rechtlichen Könnens sowohl die bloße Möglichkeit zum Handeln als auch das echte subjektive Recht darauf[51]. Welche von diesen Alternativen durch die Einwilligung des Verletzten herbeigeführt wird - oder welche Wirkung sie sonst haben könnte -, ist gerade eine der zu klärenden Fragen.

Zwei weitere Begriffe sind nützlicher, insbesondere deswegen, weil sie einen Hinweis in eine bisher unbeachtete Richtung geben. Es handelt sich dabei um Gestattung und Erlaubnis. Vom bürgerlichen Recht her sind beide Begriffe wenig "vorbelastet". "Erlaubnis" kommt im BGB nur ganz vereinzelt vor[52]. Von "Gestattung" und "gestatten" ist dort zwar häufiger die Rede, so z.B. in den §§ 956, 957 BGB. Wenn es sich dabei auch um Vorgänge handelt, die zu der Einwilligung des Verletzten zu Eingriffen in seine körperliche Unversehrtheit gewisse Parallelen zeigen, so besteht doch ein Unterschied: Es geht dort um vermögensrechtliche Dinge. Zu beiden Begriffen gibt es kaum zivilistische Untersuchungen.

---

49) So Boehmer, Teilmündigkeit, MDR 1959, 705.
50) Vgl. Geerds, GA 1954, 262 ff.; vgl. weiter oben, § 2 I 3, S. 11, Fußnote 37.
51) Vgl. Krückmann, Ermächtigung und Rechtsbesitz, S. 102, m.w. Nachw.
52) Der Begriff "Erlaubnis" wird an drei Stellen für ähnliche Vorgänge verwendet: Erlaubnis zur Untervermietung (§ 549 BGB), zur Unterverpachtung (§ 603 BGB) - also zu Gebrauchsüberlassungen - und zur Gebrauchsänderung bei Pachtland (§ 583 BGB). In den beiden restlichen Fällen handelt es sich dagegen um eine öffentlich-rechtliche Erlaubnis (§§ 1784, 1888 BGB).

Es fällt jedoch auf, daß diese Begriffe im ö f f e n t l i c h e n R e c h t eine große, seit langem von der Wissenschaft und Praxis herausgearbeitete Bedeutung besitzen[53]. Daher sollen bei der Prüfung, ob die Einwilligung des Verletzten ein Rechtsgeschäft ist, "binnenrechtsvergleichend"[54] die Erwägungen, die auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zu jenen Begriffen angestellt wurden, herangezogen werden[55].

Von den genannten Synonyma bleibt nunmehr nur der Begriff der Ermächtigung übrig. Er findet sich schon früh und noch heute in Erörterungen und Entscheidungen zu unserer Frage[56]. Der Begriff scheint auf den ersten Blick gut den wahren Inhalt der "Einwilligung des Verletzten" in allgemeiner Form auszudrücken[57]. Im Sprachgebrauch des BGB ist die Ermächtigung kein spezifischer Begriff[58], sie ist nicht ausdrücklich geregelt[59], so daß von daher keine besondere Festlegung in technisch-juristischer Hinsicht besteht.

In der zivilistischen Literatur - insbesondere der älteren - gibt es aber eine ganze Reihe von Untersuchungen, in denen es unternommen wird, einen technischen Begriff der Ermächtigung herauszuarbeiten[60]. Sie enthalten gelegentlich auch Ausführungen zu den Begriffen Erlaubnis und Gestattung in zivilistischer Sicht. Einige der dort

53) Vgl. für beide Begriffe statt vieler Wolff, § 48 II, insbesondere S. 280 ff.
54) Esser, Einführung, S. 43, bezeichnet die Rechtsvergleichung als "vergleichende Gestaltlehre"; diese Betrachtungsweise kann fruchtbringend auch auf verschiedene Rechtsdisziplinen e i n e r Rechtsordnung angewandt werden; vgl. hierzu noch Radbruchs Bemerkungen zur Aufgabe der allgemeinen Rechtslehre (S. 113) und Wolff, § 28 III 5, S. 128, der in ähnlichem Zusammenhang von "komparativer Interpretation" spricht.
55) Hierzu siehe unten § 11, S. 127 ff.
56) Vgl. oben, S. 84, Fußnote 45.
57) Auch darum dürfte er bereits von Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99, 1 ff., benutzt worden sein.
58) So auch Ludewig, S. 2; Nachweis der wenigen Vorschriften, in denen das BGB den Begriff verwendet, bei Ludewig, S. 27 ff., u. bei Krückmann, Ermächtigung und Rechtsbesitz, S. 79.
59) Vgl. auch noch Böckel, HdR Bd. II, S. 335.
60) Vgl. Ludewig, S. 25: "Daß die Ermächtigung, im eigenen Namen (zu dieser Eingrenzung Ludewigs später) auf einen fremden Rechtskreis einzuwirken, ein Begriff von selbständiger Bedeutung sei, ist auf Grund

entwickelten Gedanken erweisen sich als nützlich bei der Prüfung, ob die Einwilligung des Verletzten ein Rechtsgeschäft ist, und seien daher hier herangezogen.

IV. Ermächtigung und Erlaubnis

1. Der erste Versuch, einen präzisen Ermächtigungsbegriff zu entwickeln, stammt von Bekker[61]. Er führt aus, die Ermächtigungsgeschäfte bildeten eine große Gruppe durchaus nicht seltener Geschäfte. Sie stünden den Zuwendungen[62] darin gleich, daß sie das Vorhandensein eines Rechts bei dem einen Teile, dem Ermächtiger, forderten, und daß von diesem Rechte e t w a s[63] auf den anderen Teil, den Ermächtigten, komme; die wesentliche Verschiedenheit aber liege zunächst darin, daß das dem Ermächtigten Zukommende keines der allgemein bekannten und benannten Rechte sei. Die Ermächtigung gebe dem Ermächtigten stets die Befugnis, Ausübungsakte vorzunehmen, und zwar:

A. solche ganz ohne weitere rechtliche Folgen - er nennt hier "Depositum ..., Kommodat und Miete", verweist auch auf D. 43. 26. 8. 5. (de precario) -,
B. solche mit Naturalfolgen, welche rechtliche Folgen nach sich zögen,
C. Veräußerungsakte - diese Befugnis u.a. begründbar durch Vollmacht -,
D. Kombinationen der zu A - C genannten Befugnisse.

So verschieden diese Befugnisse voneinander erschienen, so hätten sie doch alle das eine gemein, daß der Erwerb derselben an sich nicht schon den Erwerber reicher und den Ermächtiger ärmer mache.

---

des ersten Hinweises v. Ihering's mehr und mehr anerkannt worden. Über die juristische Natur und den Inhalt dieses Begriffes herrschte und herrscht auch heute (1922, d.Verf.) noch keine Einigkeit."

61) "System des heutigen Pandektenrechts", Bd. II (1889), § 106, S. 210 ff. Dort heißt es noch in Anm. c): "Zusammenfassende Bearbeitungen fehlen gänzlich."- Auf Bekkers Ausführungen stützt sich auch Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99, 56, Fußnote 44, der selber nicht auf die Problematik der Ermächtigung eingeht.

62) Zu diesem Oberbegriff, der hier nicht weiter geklärt zu werden braucht, vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 147 III, S. 913.

63) Sperrung vom Verf.

Die Ermächtigungen würden i.d.R. durch einseitige Willenserklärung ausgeführt, aber auch die Vertragsform sei meistens zulässig, bei einzelnen unentbehrlich. Regelmäßig seien sie widerruflich - einige könnten auch unwiderruflich, andere n u r widerruflich erteilt werden (so das Prekarium[64]).

Die Einwilligung des Verletzten ist hier noch nicht ausdrücklich erwähnt. Es ist aber erkennbar, daß sie von der so abgegrenzten Kategorie der Ermächtigung erfaßt wird. Sie fällt dabei in die Untergruppe A.

Hierbei ist ein Gesichtspunkt noch genauer zu erläutern. Wenn Bekker feststellt, der Ermächtiger müsse ein Recht haben, von dem etwas auf den Ermächtigten komme, so ist damit ein subjektives Recht gemeint. Für die Einordnung der Einwilligung des Verletzten als Ermächtigung ist demnach ein - subjektives - Recht auf körperliche Unversehrtheit Voraussetzung.

Die Gegner der Rechtsgeschäftstheorie begründen ihre Ansicht nun u.a. damit, daß es solches Recht nicht gebe. Denn der Mensch stehe zu seinem Körper nicht in einem Rechtsverhältnis. Die körperliche Unversehrtheit gehöre vielmehr zu den sogenannten Rechtsgütern, die zwar Dritten gegenüber Rechtsschutz genössen, selbst aber nicht Gegenstand eines Rechtes ihres Trägers seien[65]. Die Vorschriften über rechtsgeschäftliche Willenserklärungen seien daher auf die Einwilligung des Verletzten nicht anzuwenden.[66]

Diese Ansicht ist jedoch nicht mehr haltbar. Heute ist ein allgemeines Persönlichkeitsrecht anerkannt. Das Reichsgericht hatte das Bestehen eines solchen Rechtes

---

64) Bekker, S. 210-214.

65) Inhalt eines R e c h t s v e r h ä l t n i s s e s ist zumeist ein R e c h t , eine Rechtsbeziehung, vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 71 I 2, S. 427.

66) So grundlegend RGSt 41, 392 (395, 396); neuerdings z.B. BGH NJW 1959, 811 (Grundsatzentscheidung). Auch in der Literatur wurde immer wieder betont, daß Körper und Gesundheit Rechtsgüter - oder Lebensgüter (so Klee, GA Bd. 48, 338; Kiehl, GA Bd.54,373; vgl. auch Enneccerus-Lehmann, § 233 2,S.936, nachhaltiger noch 14.Aufl.,S.907)-seien, aber nicht Gegenstand subjektiver Rechte; so Kiehl, a.a.O., Traeger, GS 94, 146 (vgl. die Wiedergaben oben § 4 I 1, S. 54 u. S. 58); weiter Enneccerus-Lehmann, a.a.O.

seinerzeit ständig abgelehnt. Es begründete dies mit dem Fehlen einer positiven Gesetzesbestimmung hierfür - das Gesetz schütze nur einzelne, abgegrenzte Persönlichkeitsrechte wie das Namensrecht - und damit, daß dieses Recht ohne bestimmten Inhalt und nicht abzugrenzen sei[67].

Von dieser Rechtsprechung ist der Bundesgerichtshof nach Erlaß des Grundgesetzes abgerückt[68]. Nach Hubmanns Untersuchung zu der Frage[69] und im Anschluß an Enneccerus-Nipperdey[70] vertritt der Bundesgerichtshof die Ansicht, das allgemeine Persönlichkeitsrecht müsse als ein verfassungsmäßig garantiertes Grundrecht angesehen werden, nachdem nunmehr das Grundgesetz das Recht des Menschen auf Achtung seiner Würde (Art. 1 Abs. 1 GG) und das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit auch als privates, von jedermann zu achtendes Recht anerkenne, soweit dieses Recht nicht die Rechte anderer verletze oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstoße (Art. 2 Abs. 1 GG). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist damit heute durch die Rechtsordnung als subjektives - öffentliches und privates - Recht gewährleistet[71]. Davon kann angesichts einer kaum noch übersehbaren Zahl von einschlägigen Entscheidungen und der zunehmenden Bejahung dieses Rechts in der Lehre unbedenklich ausgegangen werden[72].

Dieses allgemeine Persönlichkeitsrecht ist nun das Quell- oder Mutterrecht aller speziellen Persönlichkeitsrechte[73], oder - mit den Worten des Bundesgerichtshofes - die eigentliche Grundlage des Persönlichkeitsschutzes auch

---

67) Vgl. z.B. RGZ 69, 401 (403); 113, 413 (414).
68) Grundlegende Entscheidung BGHZ 13, 334 = NJW 1954, 1404; seitdem st.Rspr., vgl. BGHZ 30,7 = NJW 1959, 1269 m.w.Nachw.
69) Das Persönlichkeitsrecht (1953).
70) § 78 I 2 (14. Aufl.), vgl. jetzt § 101, S. 577 ff.
71) So Enneccerus-Nipperdey, a.a.O.; Hubmann, § 17,S.105 ff.- Auf den dogmatischen Hintergrund dieser Aktualisierung von Grundgesetzvorschriften im bürgerlichen Recht - verfassungskonforme Auslegung, Drittwirkung der Grundrechte, insbesondere indirekte Drittwirkung durch Wertausfüllung von Generalklauseln - kann hier nicht eingegangen werden; vgl. dazu Maunz-Dürig, Art. 1 Abs. III, Randnoten 38, 96 u. 127 ff., Art. 2 Abs. I, Randnote 40; weiter insbesondere Mertens in JuS 1962, 261 (263, 264).
72) Vgl. dazu noch den Überblick Erdsieks in NJW 1962,622.
73) Vgl. Hubmann, S.94,121; Maunz-Dürig, Art.2 Abs.I, Randnote 6,7; Art.2 Abs.II, Randnote 2; auch BGHZ 24, 72 (78) = NJW 1957, 1146 (1147).

in den gesetzlich geregelten Teilbereichen[74]. Zu diesen speziell geschützten Bereichen oder "ausdrücklich genannten Angriffsflächen" der Persönlichkeitssphäre[75] gehören Körper und Gesundheit (§ 823 Abs. 1 BGB). Die Meinung des Bundesgerichtshofes, die körperliche Unversehrtheit sei "nicht Gegenstand eines Rechtes ihres Trägers", ist daher unvereinbar mit seiner ständigen Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht[76].

Demgemäß ist auch die immer wieder vertretene Ansicht nicht mehr haltbar, die im § 823 Abs. 1 BGB enthaltene Aufzählung der "Lebensgüter" Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit mache diese zwar zu geschützten Rechtsgütern, subjektive Rechte bestünden aber insoweit nicht[77]. Es wird argumentiert, gerade weil hinsichtlich dieser Lebensgüter subjektive Rechte nicht gegeben seien, wie das übrige BGB zeige, seien sie hier in § 823 BGB besonders aufgeführt und neben ein subjektives Recht wie das Eigentum gestellt. Man könne auch sicherlich nicht den Körper und die Gesundheit selbst als Recht bezeichnen[78].

Dem ist zu entgegnen, daß letztere selbstverständlich nur die Beziehungsobjekte eines subjektiven Rechtes sind, so wie beim Eigentum die Sache. Das Recht selbst ist als Recht am Körper etc. oder umfassender - gemäß der früher begründeten Zusammenfassung[79] - als Recht auf körperliche Unversehrtheit[80] zu bezeichnen. Körper und Gesundheit sind - um zur Verdeutlichung strafrechtliche

---

74) So BGHZ 30, 7 (11) = NJW 1959, 1269 (1270).
75) So Enneccerus-Lehmann, § 233 2 (14.Aufl.).
76) So mit Recht Enneccerus-Nipperdey, § 151 II 1 e, S. 933, Fußnote 9; vgl. auch § 78 I 2, S. 453.
77) So mit Nachdruck z.B. auch Enneccerus-Lehmann, § 233 (noch 14. Aufl.).
78) Enneccerus-Lehmann, a.a.O.
79) Oben § 1, S. 2.
80) Zweifellos handelt es sich hier um ein absolutes Recht (vgl. auch Hubmann, S. 127 ff.). Das kommt - gemäß dem Sprachgebrauch, absolute Rechte mit "Recht an", relative mit "Recht auf" zu bezeichnen - sprachlich im "Recht am Körper" besser zum Ausdruck. Gleichwohl ist von dem eingeführten - und jetzt auch in Art. 2 Abs. 2 GG verwandten - Ausdruck "Recht auf körperliche Unversehrtheit" Verwirrung nicht zu befürchten.

Kategorien heranzuziehen - Angriffsobjekt[81], das R e c h t auf körperliche Unversehrtheit ist dagegen "Rechtsgut"[82] im weiteren strafrechtlichen Sinne, das subjektive Rechte, wie z.B. auch Eigentum, mitumfaßt. Wenn die Schöpfer des BGB in § 823 BGB damals beide Kategorien miteinander vermengten, weil sie die Kategorie der Persönlichkeitsrechte noch nicht erkannten, so sind wir nicht gehindert, auf Grund der inzwischen erzielten genaueren Erkenntnis und unter dem Einfluß des Grundgesetzes insoweit vom Wortlaut des Gesetzes - falls man glaubt, gegenteilige Schlüsse aus diesem ziehen zu müssen - abzurücken[83]. Das Recht auf körperliche Unversehrtheit ist nach alledem als subjektives Recht zu kennzeichnen[84].

Es bestehen somit auch insoweit keine Bedenken, die Einwilligung des Verletzten zu Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit unter die Ermächtigung einzuordnen.

2. Nachdem Zitelmann die Einwilligung des Verletzten sodann ausdrücklich als Ermächtigung bezeichnet hatte, verengte aber Ludewig den Ermächtigungsbegriff derart, daß er diese Einwilligung nicht mehr umfaßte[85].

---

81) Keine Schwierigkeiten macht die Formulierung "Eingriff in die körperliche Unversehrtheit". Denn wenn auch eigentlicher Gegenstand rechtlicher Betrachtung die Rechte selbst - i h r e Verletzung etc. - sind und nicht deren Gegenstände (vgl. z.B. Eltzbacher, S.26), so ist doch solcher verkürzender Sprachgebrauch allgemein üblich und unschädlich.

82) A.A. insoweit - ohne nähere Begründung - Maurach, § 19 II A 2, S. 180.

83) Vgl. auch hierzu Mertens, JuS 1962, 264, der erklärt, der Unterschied zwischen subjektivem Recht und Rechtsgut sei nunmehr relativiert. Ähnlich übrigens Enneccerus-Lehmann selbst - in etwas anderem Zusammenhange-, § 229 II, S. 919: "Der Gegensatz zwischen subjektivem Recht (...) und bloß geschütztem Rechtsgut (...) ist ... praktisch bedeutungslos geworden ...".

84) Interessant in dieser Hinsicht bereits v. Tuhr, Bd.II 2, § 88 IV 4: Der Grundsatz volenti non fit iniuria - und damit die Wirksamkeit der Einwilligung des Verletzten - "ergibt sich ... aus dem Wesen des subjektiven Rechts." Noch früher bei Pfersdorff im Rahmen der Analyse der Einwilligung des Verletzten (S. 15,16; vgl. oben § 4 I 1, S. 52): "... ist das Individuum mit gewissen subjektiven Rechten zum Schutz derjenigen Interessen ausgestattet, die einen speciellen Zusammenhang mit seiner Persönlichkeit haben...".

85) Ludewig, Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht, 1922.

Ludewig definiert: Die Ermächtigung ist die Erteilung der Macht, in eigenem Namen auf einen fremden Rechtskreis durch Rechtsgeschäft[86] einzuwirken[87]. Hierzu führt er aus: Es handele sich bei der Ermächtigung geradezu um die Erteilung einer Macht, nicht nur um die Erteilung einer die Widerrechtlichkeit ausschließenden Erlaubnis[88]. Das gehöre allerdings auch dazu, und zwar sei dies Inhalt der Innenbeziehung. Die Erlaubnis nehme der Handlung des Ermächtigten im Verhältnis zum Ermächtigenden den Charakter der Widerrechtlichkeit. Vermöge der Erlaubnis dürfe der Ermächtigte die Handlung vornehmen. Lasse man den Begriff der Ermächtigung sich hierin erschöpfen, so sei jedoch seine systematische Bedeutung gering; denn dann fielen darunter eine ganze Reihe von Tatbeständen, die juristisch nur gemeinsam hätten, daß ein sonst unerlaubtes Eingreifen in einen fremden Rechtskreis für den gegebenen Fall erlaubt sei.

Systematisch und praktisch brauchbar mache den Ermächtigungsbegriff demgemäß seine Bestimmung nach der Seite der Außenbeziehung. Für diese sei entscheidend, daß die Ermächtigung die Erteilung einer Macht zum erfolgreichen Eingreifen in den fremden Rechtskreis im eigenen Namen bedeute. Macht bedeute hier nicht etwa nur die bloße faktische Möglichkeit zu einem Handeln, sondern ein rechtliches Können, ein Vermögen zur Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit einem bestimmten Erfolg.

Die Handlungen, zu denen die Ermächtigung berechtige, könnten nur - und das ist die von Ludewig vorgenommene entscheidende Einengung - rechtsgeschäftliche Handlungen sein. Aus dem Begriff der Ermächtigung sei auszuscheiden die Erteilung der Macht, in tatsächlicher Hinsicht auf einen fremden Rechtskreis einzuwirken. Hierzu gehörten z.B. die Fälle, in denen es sich

86) Sperrung vom Verf.
87) Ludewig, S. 2.
88) Sperrung vom Verf.

um die Einräumung eines Gebrauchsrechtes oder des Rechtes zum Fruchtbezuge handele. Diese Fälle der Gestattung tatsächlicher Einwirkungen seien außerordentlich mannigfaltig und innerlich verschieden; für sie erscheine entsprechend ihrer verschiedenartigen Gestaltung eine besondere Behandlung geboten. Nachhaltig und mehrfach weist Ludewig darauf hin, daß ein auch diese Fälle umfassender Ermächtigungsbegriff zu allgemein sei, um selbständige praktische und systematische Bedeutung zu besitzen[89].

Bei dieser Einengung würde die Einwilligung des Verletzten nicht mehr als Ermächtigung anzusehen sein, da sie sich auf tatsächliche Einwirkungen bezieht. Die Einengung ist jedoch nicht zwingend.

Vor allem ist es unrichtig, wenn Ludewig - und andere Autoren - die selbständige Bedeutung des hier behandelten Begriffes der Erlaubnis unterschätzen[90]. Dies beruht auf dem Fehler, zu einseitig die "nur negative" Bedeutung der "bloßen Erlaubnis" hervorzuheben, ihre "lediglich" die Widerrechtlichkeit ausschließende Funktion, die Verbotsrücknahme, zu betonen und der positiven Machteinräumung bei der Gewährung eines subjektiven Rechtes gegenüberzustellen. Das, was Ludewig als das über die vermeintlich so inhaltsleere Erlaubnis hinausgehende und die "Außenbeziehung" der Ermächtigung prägende Kriterium ansieht, nämlich die Erteilung einer "Macht" i.S. eines rechtlichen Könnens - das Ludewig dem durch die Erlaubnis bewirkten Dürfen[91] gegenüberstellt -, gerade das ist schon Inhalt des richtig verstandenen Erlaubnisbegriffes selbst. Die Erteilung der Macht in diesem Sinne gehört somit auch noch zur Innenbeziehung zwischen Ermächtiger und Ermächtigtem. Denn wie sollte man sich eine Erlaubnis und das dadurch eingeräumte Dürfen als bloße Verbots-

89) Vgl. Ludewig, S. 2 ff., insbesondere S. 4, weiter S. 25 ff.; S. 26 entsprechend seiner Auffassung auch ausdrücklich gegen Bekkers Ermächtigungsgeschäft.
90) Vgl. z.B. Engisch, Juristisches Denken, S. 25; Horn, S. 52,53.
91) Ähnlich Ludewigs Unterscheidung (Dürfen = negative Verbotsrücknahme, Können = positive Befugnisverleihung) auch z.B. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 680, 681.

rücknahme ohne ein Können, eine rechtliche Möglichkeit zum Handeln im nun unverbotenen Raum vorstellen? Es ist eine Selbstverständlichkeit, daß auch handeln kann, wer handeln darf[92]. Das ist nur die andere Seite derselben Sache. Wer wie Ludewig das Können dem Dürfen als etwas anderes gegenüberstellt, der legt offenbar den - eingestandenermaßen schillernden - Begriff des Könnens zu eng fest. Scheiden wir hier einmal die Bedeutung des Könnens im Sinne des Beherrschens von Fertigkeiten aus, so erscheint die folgende Benutzung des Begriffes richtig. "Können" ist - insoweit entsprechend Befugnis oder Macht - ein Oberbegriff sowohl für die bloße rechtliche Möglichkeit zum Handeln als auch für den Inhalt des subjektiven Rechts auf die Handlung[93]. Es wäre unrichtig, ein Können nur beim subjektiven Recht zu sehen. Wer auf Grund einer Erlaubnis "darf", hat immer die Möglichkeit zum Handeln. Ob ein solches Können gegebenenfalls weitere Qualitäten hat, die es gestatten, von einem subjektiven Recht zu sprechen, ist eine andere Frage, auf welche die folgenden Erwägungen zur Ermächtigung hinführen. An dieser Stelle sei festgehalten: Da ein Dürfen ohne Können nicht denkbar ist, soll im folgenden allein der so verstandene Begriff "Dürfen" für die durch eine Erlaubnis erlangte Position verwendet und der mehrdeutige Begriff Können vermieden werden.

Weiteres Charakteristikum der Ermächtigung - und zwar wiederum der "Außenbeziehung" - ist nach Ludewig, daß der Ermächtigte d u r c h R e c h t s g e s c h ä f t auf den Rechtskreis des Ermächtigers einwirken darf. Im Gegensatz zu Ludewigs Einordnung der Machtverleihung - oder Einräumung eines Könnens - handelt es sich hierbei

92) Zu eng ist es daher, wenn Horn sagt: "Eine Erlaubnis kann, sofern sie überhaupt einen vernünftigen Sinn hat, nur die Erklärung enthalten, daß jemand etwas nicht als verboten ansehen soll." (S.52). Der Erlaubnisempfänger soll nicht nur "ansehen" - er darf - und kann daher - handeln!

93) Wegen der mangelnden Eindeutigkeit von Befugnis und Macht vgl. z.B. auch Krückmann, Ermächtigung und Rechtsbesitz, S. 82 u. 102.

wirklich allein um eine Außenwirkung, da der Ermächtigte das Rechtsgeschäft mit Dritten abschließt, während eine tatsächliche Einwirkung auf die rechtlichen Beziehungen zwischen Ermächtiger und Ermächtigtem beschränkt bleibt.

Gerade die hierin liegende Einengung des Ermächtigungsbegriffes ist aber abzulehnen. Man kann d i e s e Einengung allerdings nicht - wie Ludewigs Fassung des Erlaubnisbegriffes und seine Einordnung der Machtverleihung - als u n r i c h t i g kennzeichnen; denn bei der Beschränkung auf rechtsgeschäftliche Einwirkungen geht es um die Frage, wie weit ein gesetzlich nicht festgelegter Begriff zu fassen ist. Diese Beschränkung können wir daher nur als u n z w e c k m ä ß i g zurückweisen. Eine Reihe von Gedanken, die zum Ermächtigungsbegriff entwickelt wurden, treffen nämlich durchaus auch auf die Ermächtigung zu tatsächlichen Eingriffen zu. Es ist also für deren juristische Erfassung zweckmäßig, sie unter einen Oberbegriff der Ermächtigung einzubeziehen, um diese Gedanken für sie nutzbar zu machen. Um engere Begriffe zu erhalten, zu denen sich noch präzisere Einzelaussagen machen lassen, kann man Untergruppen einführen. Das ist der bessere Weg, als ohne Not eine ganze Kategorie wie die Gestattungen zu tatsächlichen Eingriffen aus dem Begriff auszuscheiden[94].

Wir schließen uns demgemäß zwar insoweit Ludewig an, als wir das Wort Gestattung auf die Einräumung der Befugnis zu tatsächlichen Eingriffen im Gegensatz zur Ermächtigung zu rechtsgeschäftlichen Eingriffen anwenden; im übrigen weichen wir aber von ihm ab, indem wir auch darin eine Untergruppe der Ermächtigung sehen, und zwar gerade die, zu der die Einwilligung des Verletzten gehört.

---

94) Entsprechend auch Krückmann, Ermächtigung und Rechtsbesitz, S. 80, Fußnote 7, wo er zu Ludewigs Einengung bemerkt: "Ein innerer Grund fehlt." - Vgl. auch noch a.a.O., S. 105.- Mit der Ablehnung dieser Einengung entfällt auch das nach Ludewigs Definition erforderliche Einwirken "im eigenen Namen".

Darüber hinaus ist noch eine weitere Unterscheidung zu treffen. Auch der Begriff der Erlaubnis wird manchmal zur Bezeichnung der Ermächtigung zu tatsächlichen Eingriffen verwendet[95].

Gegenüber der Anwendung dieses Begriffes für die Bezeichnung der Verbotsrücknahme ist die hier genannte Benutzung also enger, konkreter. Die engere Bedeutung bezeichnet aber auch einen Ausschnitt aus dem allgemeinen Erlaubnisbegriff[96]. Wir wollen im folgenden Erlaubnis im engeren Sinne verwenden, und zwar noch stärker beschränkt: nur auf die Ermächtigung zu Eingriffen in den höchstpersönlichen Rechtskreis. Zwar wird auch dafür - und wie erwähnt gerade auch für die Einwilligung des Verletzten zu Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit - vielfach der Begriff Gestattung gebraucht[97]. Dieser Begriff wird aber im BGB häufiger im Zusammenhang mit Vermögensrechten verwendet; er sollte auf dieses Gebiet beschränkt bleiben[98]. Wir benutzen daher folgende Einteilung: Ermächtigung als Oberbegriff für die Einräumung der Befugnis zu Eingriffen in einen fremden Rechtskreis; Erlaubnis und Gestattung als speziellere Begriffe für die Bewilligung tatsächlicher Eingriffe, und zwar Erlaubnis für Eingriffe in höchstpersönliche, Gestattung für Eingriffe in Vermögens-Rechte[99].

---

95) Vgl. z.B. Geerds, Dissertation, S. 227 ff.

96) Ausgehend hiervon besteht ein Zusammenhang zwischen der Auffassung, die Erlaubnis i.w.S. sei nur "negativ" der Rechtswidrigkeitsausschluß, und der Ansicht, bei der Erlaubnis i.e.S. - oder Gestattung zu tatsächlichen Eingriffen - fehle eine Rechtswirkung. M.E. steckt auch dieser Zusammenhang hinter Ludewigs Ausscheidung der Gestattung aus der Ermächtigung. Über seine Erklärung, nur bei Ermächtigung zur Vornahme von Rechtsgeschäften erhalte der Ermächtigte ein Können, eine Macht, führt die gedankliche Linie bis zu der Ansicht, die Einwilligung des Verletzten sei keine Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft, a l s o (deshalb) nicht selber Rechtsgeschäft (so z.B. BGH NJW 1959, 811 - Grundsatzentscheidung -; Boehmer, Teilmündigkeit, MDR 1959, 705).

97) Vgl. die Nachweise oben § 8 III, S. 84, Fußnote 43.

98) Vgl. oben a.a.O., S. 85.

99) In ähnlicher Weise grenzt auch Geerds, Diss.S.217 ff., den Begriff der Gestattung ab.- Die seltenen Fälle der Benutzung des Begriffes Erlaubnis im BGB für vermögensrechtliche Vorgänge (bei Miete, Pacht und Leihe, §§ 549, 583 u. 603) sollen hier außer acht bleiben.

Damit ergibt sich: Die Erlaubnis als Einräumung der Befugnis zu einem tatsächlichen Eingriff in den höchstpersönlichen Rechtskreis des Betroffenen - i.S. eines Dürfens- ist ein Unterfall der Ermächtigung.

Dabei sind einige weitere Gedanken Ludewigs bei der Erfassung der Einwilligung des Verletzten dienlich und treffen - wie sich ohne weiteres zeigen wird - entgegen Ludewigs Eingrenzung auch auf Erlaubnisse und Gestattungen zu.

Ludewig führt aus[100], die rechtliche Grundlage für alle Fälle der Ermächtigung sei der Grundsatz der Überlassung der Rechtsausübung. Vom abstrakten subjektiven Recht sei nämlich das auf tatsächliche Verwirklichung desselben gerichtete Verhalten zu unterscheiden, eben die Ausübung des Rechts. Dies sei jedes Verhalten kraft des Rechts. Die Unterscheidung von Recht und Rechtsausübung finde auch im Gesetz ihre Stütze. So sei z.B. in § 552 BGB davon die Rede, daß der Mieter an der Ausübung des ihm zustehenden Gebrauchsrechts verhindert sei[101].

Das geltende Recht gehe auch weiter ganz allgemein davon aus, daß die Ausübung eines Rechtes einem anderen überlassen werden könne. Dies gelte zunächst zweifelsfrei für die übertragbaren Rechte, und zwar schon a maiore ad minus. Es ergebe sich aber auch daraus, daß bei unübertragbaren Rechten wie dem Nießbrauch die Überlaßbarkeit ausdrücklich festgelegt sei (§ 1059 BGB) - bei übertragbaren Rechten werde sie daher offensichtlich vorausgesetzt.

Kraft der Überlassung der Rechtausübung dürfe und könne der Ermächtigte die den Inhalt des Rechts bildende M a ch t verwirklichen, in die Tat umsetzen[102].

---

100) Ludewig, S. 31 ff.
101) Weitere Belegstellen bringt Ludewig auf S. 33.
102) Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99, 68 m. 74, sah übrigens in der Einwilligung des Verletzten - die er ja als Ermächtigung bezeichnete - bereits eine Ausübungsüberlassung, jedoch nur dort, wo der Eingriff sich gegen ein subjektives Recht richtet. An einem solchen fehlte es nach seiner Ansicht aber hinsichtlich der körperlichen Unversehrtheit, so daß er die eben genannte Konstruktion gerade für diese Fälle nicht anwandte.

Diese Gedanken sind für die Ermächtigung zu tatsächlichen Einwirkungen ebenso richtig wie für die zu Einwirkungen durch Rechtsgeschäft.

3. Der unnötig verengte Ermächtigungsbegriff Ludewigs wurde auch von anderen übernommen, so z.B. von B ö c k e l [103].

Seine Charakterisierung der Ermächtigung ist gleichwohl wiederum im wesentlichen auch für unsere Erlaubnis zutreffend. Er führt aus, die Ermächtigung sei ein abstraktes Rechtsgeschäft, und zwar eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die im Zweifel widerruflich sei; die Übertragung einer Einwirkungsgewalt, jedoch ohne daß der Übertragende die seinige aufgebe, aber auch ohne daß der Ermächtigte eine Verpflichtung übernehme.

L e h m a n n [104] übernimmt ebenfalls den verengten Ermächtigungsbegriff - im Kern also vor allem: Erteilung der Befugnis, durch R e c h t s g e s c h ä f t auf die Sphäre des Ermächtigenden einzuwirken - und ist der Ansicht, die Notwendigkeit dieses selbständigen Ermächtigungsbegriffes sei nicht hinreichend dargetan. Ähnliche Ausführungen finden sich bei Enneccerus-Nipperdey [105].

Die Ausschaltung der Einräumung einer Befugnis zur tatsächlichen Einwirkung aus dem Ermächtigungsbegriff bekämpfte jedoch - wie bereits angedeutet - mit Recht schon K r ü c k m a n n in seinen eingehenden Untersuchungen zur Ermächtigung [106]. Er schloß sich der Ansicht Bekkers an [107]. Krückmann sieht in der Ermächtigung die Übertragung der Ausübungs m ö g l i c h k e i t eines Rechts [108]. Dieser Ausdruck ist noch präziser als Lude-

---

103) HdR Bd. II, S. 335; Enneccerus-Nipperdey, § 204 I 3, S. 1233, Fußnote 6.
104) Allgemeiner Teil, § 37 VI, S. 316 f.; ebenso in Enneccerus-Lehmann, § 79 IV 2, S. 321, Fußnote 26.
105) Enneccerus-Nipperdey, § 204 I 3, S. 1233, Fußnote 6.
106) Vgl. vor allem Ermächtigung und Rechtsbesitz, Reichsgerichtsfestschrift, S. 79 ff.
107) Krückmann, a.a.O., S.80, mit Nachweis weiterer Vertreter dieser Ansicht in Fußnote 7.
108) A.a.O., S. 87 u. S. 92, wo er sich gegen die ungenaue Ausdrucksweise "Übertragung der Ausübung" wendet; obige Sperrung vom Verf. In etwas anderem Zusammenhang führt er - S. 95 - auch noch den Begriff der Gebrauchsüberlassung ein.

wigs "Übertragung der Ausübung"; das Wort Möglichkeit entspricht dem mit dem Dürfen verbundenen Können, dessen Ausübung nicht Pflicht ist, sondern freisteht, besser.

Im Anschluß hieran ist für die Einwilligung des Verletzten zu Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit noch folgendes zu bemerken. Es handelt sich dabei nicht um die vollständige Überlassung aller Ausübungsmöglichkeiten des Rechts auf körperliche Unversehrtheit - so wie es etwa bei der Nießbrauchsüberlassung der Fall ist -, sondern nur um eine begrenzte Überlassung: begrenzt auf den konkret erlaubten Eingriff. Um einen Teil der Ausübung des Rechtes handelt es sich aber tatsächlich. Jedermann kann - in den Grenzen des Sittengesetzes - mit seiner körperlichen Unversehrtheit verfahren, wie es ihm beliebt. Und eben eine Möglichkeit aus diesem Bereich wird dem Dritten eingeräumt[109].

V. Die Einwilligung des Verletzten als Erlaubnis

Nach alledem können wir uns die zum Begriff der Ermächtigung entwickelten Gedanken für die Einwilligung des Verletzten zu eigen machen. Sie bleiben zumindest gerade für die Fälle der Ermächtigung zu tatsächlichen Eingriffen - also für die Erlaubnis (und Gestattung) - brauchbar: Da diese Gruppe aus demjenigen Ermächtigungsbegriff, den u.a. Lehmann und Enneccerus-Nipperdey bekämpfen, schon ausgeschieden ist, können ihre Angriffe hier unbeachtet bleiben.

Zusammengefaßt: Die Einwilligung des Verletzten zu Eingriffen in seine körperliche Unversehrtheit ist eine Ermächtigung, und zwar eine Erlaubnis. Der Einwilligende läßt dabei dem Eingreifenden "etwas" von seinem Recht

---

109) Hier liegt der Ansatzpunkt für die früher zum Zweck des Beweises der Zulässigkeit einer Einwilligung häufig unternommenen Vergleiche zwischen Selbstverletzung und Verletzung des Einwilligenden - eine Parallele, die im übrigen schon aus den oben, § 4 I 1, S. 53, Fußnote 20, angedeuteten Gründen nicht mehr zu verfolgen ist.

auf körperliche Unversehrtheit zukommen; dieses "etwas" ist keines der allgemein bekannten und benannten Rechte; es ist inhaltlich die Befugnis, tatsächliche Ausübungsakte vorzunehmen; es handelt sich dabei also um die Einräumung einer Dürfensposition; es wird eine bestimmte Möglichkeit der Ausübung des an sich dem Einwilligenden ausschließlich zustehenden Rechts auf körperliche Unversehrtheit übertragen. Dies geschieht durch eine abstrakte, einseitige und widerrufliche Erklärung[110].

VI. Einräumung eines "Dürfens"

Es verbleibt als Kern der Frage nach der Rechtswirkung der Einwilligung des Verletzten die Untersuchung des "etwas", das dem Einwilligungsempfänger eingeräumt wird. Die Erklärungen oder zumindest Bezeichnungen dessen, was der Einwilligungsempfänger - bzw. der Ermächtigte - hier erhält, wechseln in der Literatur stark. So finden sich vor allem Übertragung der Einwirkungsgewalt[111], Einräumung einer Befugnis[112], einer Macht[113], eines Gebrauchsrechts[114] und eines subjektiven Rechts[115], insbesondere eines Ermächtigungsrechts[116] und eines Eingriffsrechts[117].

1. Zur Klärung der Frage, ob hier ein subjektives Recht eingeräumt wird oder was sonst, muß zunächst noch einmal auf den Begriff des subjektiven Rechts eingegangen werden: Wie muß eine Position beschaffen sein, um als subjektives Recht angesprochen werden zu können?

---

110) Zur Beantwortung der Frage, ob es sich um eine Willenserklärung im zivilrechtlichen Sinne handelt, muß noch das Vorliegen des Rechtsfolgewillens geprüft werden; vgl. hierzu unten, § 9, S. 114 ff.
111) Böckel, HdR Bd. II, S. 335.
112) Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99, 55.
113) Ludewig, S. 3 u.ö.
114) Ludewig, S. 4.
115) Zitelmann, a.a.O.
116) Zitelmann, a.a.O., S. 56, ebenso Fischer, S. 276.
117) v. Tuhr, Bd. II 2; § 88 IV 4, S. 467.

Es gibt einmal Begünstigungspositionen, die völlig von der Willensbetätigung des einzelnen unabhängig, also keine subjektiven Rechte sind; so die Reflexwirkungen objektiver Rechtsnormen - Rechtsreflexe -, die vor allem im öffentlichen Recht eine Rolle spielen, sodann aber auch Begünstigungen auf privatrechtlichem Gebiet wie beim unechten Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) und bei der testamentarischen Auflage (§§ 2194, 2174 BGB)[118].

Daß die durch die Einwilligung des Verletzten erlangte Position des Eingreifenden nicht zu dieser Gruppe gehört, ergibt sich gerade daraus, daß ihm eine Tätigkeit erlaubt wird.

Aber auch wo ein eigenes Dürfen - und damit Können - beim einzelnen vorliegt, wie wir es als Ergebnis der Einwilligung des Verletzten erkannt haben,kommt es darauf an, ob diese Position als eine dem einzelnen im Hinblick auf sein besonderes Rechtsschutzinteresse fest zugeeignete Macht, als s e i n e Rechtsmacht, sein Recht behandelt wird. Ausschlaggebend ist dabei, ob diese Position i m g a n z e n das Erscheinungsbild hat, das subjektive Rechte zeigen, insbesondere, ob die Vorschriften der Rechtsordnung für subjektive Rechte auch für die zu prüfende Position gelten[119]. Ein wesentliches, aber nicht das einzige und nicht ein unerläßliches Merkmal eines subjektiven Rechtes ist dabei seine Durchsetzbarkeit im Klagewege[120].

Für die Untersuchung der Position des Einwilligungsempfängers mit Hilfe dieser Maßstäbe ist es förderlich, auf einige in diesem Zusammenhang wertvolle Gedanken aus der Ermächtigungsliteratur einzugehen. Zunächst kommen hier wieder Bekkers Überlegungen in Frage, auf die Zitelmann für die nähere Begründung seiner Behauptung verweist, der Einwilligungsempfänger erhalte ein subjektives Recht, ein Ermächtigungsrecht[121].

---

118) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 72 I 1, S. 430, 432, insbesondere Fußnote 5.
119) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 72 I 2, S. 431.
120) Vgl. a.a.O., insbesondere Fußnote 7.
121) Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99, 55, 56.

B e k k e r [122] führt unter dem Stichwort "unbenannte Rechte" aus, daß zwischen dem Ermächtigten und den Objekten derjenigen Rechte, aus welchen die Ermächtigungen hervorgingen, allemal rechtliche Beziehungen, Rechtsverhältnisse also, bestünden, sei eine Tatsache, die vernünftigerweise nicht geleugnet werden könne: Bei den allerschwächsten, wie sie im Depositum und Kommodat[123] steckten, d ü r f e der Ermächtigte, was der Nichtermächtigte nicht dürfe, sein Tun sei ein erlaubtes, ohne die Einwilligung würde es unerlaubt sein; bei anderen Ermächtigungen, z.B. Prekarium, Erlaubnis Steine zu brechen u.ä., seien die Berechtigungen des Ermächtigten noch viel handgreiflicher. Ob man diese Berechtigungen nun "Rechte" heiße oder nicht, das ähdere am Wesen und Umfang derselben offenbar nichts, und ein etwaiger Streit bewege sich ausschließlich darum, ob man wohl daran täte, das Wort "Recht" (in der Bedeutung von: subjektives Recht) in weiterem oder engerem Sinne zu gebrauchen. Seien es Rechte, so sei der Generalbegriff des subjektiven Rechts demgemäß festzustellen, weiter diese Art der Rechte von der anderen zu unterscheiden und mit Namen zu versehen. Sollten es keine Rechte sein, so solle man sagen, was diese den Rechten immerhin verwandten Rechtsverhältnisse sonst sein sollten, und man solle das subjektive Recht derart definieren, daß schon aus der Definition klar hervorgehe, warum diese Rechtsverhältnisse Nichtrechte sein müßten; das "Dürfen" und "Können" von "objektiven Rechts wegen" hätten sie jedenfalls augenscheinlich mit den "Rechten" gemein.

Mit besonders eingehenden Untersuchungen lehnte K r ü c k m a n n [124] die Ansicht ab, daß die Wirkung der Ermächtigung ein subjektives Recht des Ermächtigten sei. Er führt aus, die Schwäche dieses "Rechts" habe nie verkannt werden können; es könne durch Widerruf, vor allem aber auch dadurch erlöschen, daß der Ermächtigende das Recht, dessen Ausübungsmöglichkeit er dem Ermächtigten

122) § 106, Beilage I, S. 215, 216.
123) Verwahrung und Leihe; vgl. im übrigen oben IV 1,S.87.
124) Vgl. vor allem Ermächtigung und Rechtsbesitz, S.83 ff.

eingeräumt habe, selbst ausübe und somit dessen Ausübung durch den Ermächtigten unmöglich mache. Wer hier von Recht spreche, müsse sich damit begnügen, daß dies ein bloßes Können als solches bedeute, ohne daß die Durchsetzung desselben im Belieben des Ermächtigten stehe. Ein solches rechtliches Können sei aber vielfach anerkannt, ohne daß es Ausfluß eines eigenen - subjektiven - Rechts des Könnenden sei: so bei der Vollmacht.

Solches sei eine r e c h t l i c h e M ö g l i c h k e i t , aber noch kein subjektives Recht. Die mangelnde Standfestigkeit unterscheide das erstere vom zweiten. Die zivilrechtliche Kraft müsse sich vor dem Richter bewähren: Es müsse eine Klage gegeben sein. Daran mangele es hier. Denn wenn der Ermächtigte klage: " Ich habe die Einwilligung, d.h. ein 'Recht zu'"[125], könne ihm der Gegner entgegenhalten: "Der Ermächtigende hat Dir heute morgen unmittelbar vor dem Termin die Ermächtigung entzogen."

Niemand habe vermocht, das durch die Einwilligung angeblich verliehene subjektive Recht herauszuarbeiten. Selbst der energische Angriff Bekkers habe versagt; über ihn sei niemand hinausgekommen[126].

Andernorts formuliert Krückmann[127], die Ermächtigung springe überall da ein, wo einer Partei rechtliche Befugnisse gegeben werden müßten, ohne daß sie ein entsprechendes unentziehbares Recht habe oder haben könne oder haben solle. Es heißt dann geradezu: Wo das subjektive Recht versage, trete die Ermächtigung in die Lücke[128].

---

125) "Wie das allerdings praktisch vorkommen soll, ist nicht leicht denkbar." So Krückmann in einer Fußnote zu dieser Stelle (S. 88) - wo er auch den Ausdruck "Recht zu" erstmals benutzt, dessen Erörterung aber noch aufschiebt.

126) Krückmann, a.a.O., S. 86, mit Hinweis auf die vorstehend und oben IV 1,S.87, zitierten Ausführungen Bekkers.

127) Ermächtigung, AcP 137, 169.

128) Die ausdrücklichen Angriffe hiergegen bei Lehmann, Allgemeiner Teil, § 38 VI 5, S. 317,318, u. Enneccerus-Nipperdey, § 204 I 3, Fußnote 6, 3, S. 1233, 1234, richten sich gegen die Verwendung dieses Ermächtigungsbegriffes zur dogmatischen Erklärung der Haftung aus verursachtem Rechtsschein u.a. Da diese Anwendung des Begriffes hier nicht interessiert, können die Angriffe außer Betracht bleiben.

Krückmann führt jedoch weiter aus[129], so bestimmt auch nach allem Vorhergehenden es abzulehnen sei, als Wirkung der Ermächtigung ein echtes Recht anzunehmen, so lasse sich doch sprachlich ein Zugeständnis machen. Die Sprache scheide nämlich seit jeher zwischen einem "Recht zu" und "Recht auf" und "Recht an". Ein Tischler, der einen antiken Schrank wiederherstellen solle, habe das Recht, die von Würmern zerfressene Rückwand heraus z u schlagen, dürfe also die Sachbeschädigung vornehmen. Solche erlaubte Sachbeschädigung sei nahezu mit allen Ausbesserungsarbeiten verbunden, und die Erlaubnis gebe ein "Recht zu" ihrer Vornahme, aber nicht ein Recht auf ihre Vornahme[130]. Da das "Recht zu" sich gegen den Willen der Gegenpartei nicht behaupten könne, ein Recht, das sich aus und durch sich selbst behaupten kann, immer ein "Recht auf" sei, ergebe sich, daß die ganze Bedeutung des "Rechtes zu" in dem Ausschluß der Rechtswidrigkeit oder in einem bloßen juristischen Können oder in beidem zusammen liege, also in einer bloßen Ermächtigung. Nur in dieser ganz eng begrenzten Anwendung dürfe man der Ermächtigung zuschreiben, daß sie ein "Recht" begründe. Wenn weiter nichts gemeint sei, so wäre gegen den Gebrauch des Wortes nichts einzuwenden, und es träfe der Ausspruch Bekkers zu, daß sich ein etwaiger Streit darum drehe, ob man wohl daran täte, das Wort im weiteren oder im engeren Sinne zu gebrauchen. Da sich aber noch nicht einmal die von der Sprache längst vollzogene Scheidung von "Recht zu" und "Recht auf" bei den Juristen allgemein durchgesetzt habe, sei unbedingt an der engeren Bedeutung festzuhalten - also an der engeren Bedeutung des Begriffes "subjektives Recht", zu welchen Rechten das "Recht zu" nach Krückmann eben nicht gehört. Er meint, der Unterschied von entziehbarer und unentziehbarer Rechtsstellung sei so groß, so grundlegend, rühre derart an das eigentliche Wesen jedes objektiven und subjektiven Rechts, daß

129) Ermächtigung und Rechtsbesitz, S. 91 f.
130) Damit wird hier das erkennbar, was - vielleicht unbewußt - hinter der vielfach anzutreffenden Formulierung "Recht zum Eingriff" steckt; vgl. oben II 2, S. 82 f.

er nicht einfach durch einen ungenauen Sprachgebrauch übergangen werden dürfe.

Diese Argumentation ist noch im Hinblick auf unser spezielles Problem zu ergänzen:

Vom Fehlen einer Klage im streng theoretischen Sinne - so wie etwa bei den Naturalobligationen - kann man hier immerhin nicht sprechen. Denn theoretisch könnte der Einwilligungsempfänger eben wenigstens sein Recht zum Eingriff geltend machen, solange der Einwilligende nicht widerruft. Praktisch ist dieser Fall allerdings, wie Krückmann mit Recht bemerkt, kaum denkbar; in unseren Fällen würde der Beklagte der Einwilligende selbst sein; seine zum Prozeß führende Haltung dürfte damit schon einen konkludenten Widerruf darstellen und somit das "Recht zum" Eingriff entziehen.

Die Ablehnung eines subjektiven Rechts beruht daher hier nicht auf dem Fehlen einer Klage - das allein auch wiederum nicht unbedingt dazu führt, ein subjektives Recht zu verneinen[131] -, sondern auf der Widerruflichkeit, die ihrerseits allerdings auch zur p r a k t i s c h e n Klaglosigkeit führt. Diese Begründung für das Fehlen eines echten subjektiven Rechts wird durch folgende Vergleiche gestützt. In allen etwa vergleichbaren Fällen einseitiger, widerruflicher Erklärungen entsteht auf seiten des Erklärungsempfängers nach den Äußerungen in der Literatur - soweit zu diesem Punkt überhaupt Ausführungen gemacht werden - k e i n subjektives Recht. So liegt es zum Beispiel bei dem - wie häufig hervorgehoben[132] - ähnlichsten Fall, der Vollmacht[133],

131) So Enneccerus-Nipperdey, § 72 I 2, S. 431, Fußnote 9, mit Verweis auf - u.a. - die Naturalobligationen.

132) Z.B. bei Keßler, S. 26 (Wiedergabe oben § 4 I 1, S. 49), u. Ludewig (Vollmacht verwandt mit Ermächtigung), S. 40; Böckel (HdR Bd. II, S. 335); Lehmann (Allgemeiner Teil, § 37 VI, S. 316 f.) u. Enneccerus-Nipperdey (§ 204 I 3, S. 1293, Fußnote 6) betrachten die Vollmacht als Fall der Ermächtigung i.w.S.

133) So Krückmann, Ermächtigung und Rechtsbesitz, S. 83; eingehend gegen die Annahme, die Vertretungsmacht sei ein subjektives Recht: S. 101 f.; weiter Ludewig, S. 55: Die Vollmacht verleiht eine Macht - ein Begriff, den Ludewig (entgegen Krückmanns Unterstellung a.a.O., S. 83) offensichtlich gerade im Unterschied zum s u b j e k t i v e n Recht wählt; ebenso - "Macht" und "Machtcharakter" der Befugnis des Bevollmächtigten - Enneccerus-Nipperdey, § 184 I, S. 1129.

ebenso bei der Einwilligung nach §§ 183, 185 BGB[134]; und das, obwohl hier die Befugnis nicht nur zu tatsächlichen Eingriffen, sondern zur Vornahme von Rechtsgeschäften und Verfügungen erteilt wird. Aber auch bei der Auslobung entsteht ein subjektives Recht erst in dem Augenblick, in dem die Widerruflichkeit entfällt (§ 658 BGB), nämlich erst mit der Vornahme der betreffenden Handlung[135]. Solange der Widerruf möglich ist, besteht nur eine "Verpflichtung" auf seiten des Versprechenden; ein subjektives Recht - auch nur ein bedingtes - ist in dieser Zeit nicht vorhanden. Erst recht entsteht durch letztwillige Verfügung - Errichtung eines Testaments - zu Lebzeiten des Erblassers, also solange ein Widerruf möglich bleibt, kein subjektives Recht des Bedachten[136].

Zu dieser Schwäche der Position des Einwilligungsempfängers kommt nun noch die weitere, von Krückmann und anderen Autoren[137] hervorgehobene: Der Ermächtigende kann das Recht, dessen Ausübung er dem Ermächtigten ermöglicht hat[138], selber ausüben und auch damit die Ausübung durch den Ermächtigten unmöglich, also dessen Position hinfällig machen. Dieser Gedanke trifft grundsätzlich ebenso auf die Einwilligung zu Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit zu. Ist zum Beispiel einem Chirurgen die Einwilligung zur Amputation eines Fingers erteilt und nimmt der Einwilligende - der etwa auch Arzt ist - diese Operation (gegebenenfalls mit Hilfe anderer) selbst vor oder läßt sie von einem Dritten ausführen, so ist die Einwilligung hinfällig, gegenstandslos.

---

134) Vgl. Palandt-Danckelmann, Einführung vor § 182, Anm. 2, wo es sogar - über das Ziel hinausschießend - heißt, die Einwilligung erzeuge für sich allein keine Rechtswirkungen.
135) Vgl. Palandt-Gramm, § 657, Anm. 1.
136) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 79 D I, S. 466; Palandt-Rechenmacher, Einleitung vor § 1922, Anm. 1.
137) Z.B. Ludewig, S. 36 u. 77.
138) Die Überlassung der Ausübungsmöglichkeit hatten wir schon oben, IV 2, S. 97, u. 3, S. 98 f., als Inhalt der Ermächtigung/Einwilligung des Verletzten erkannt.

Man muß nach alledem feststellen: Eine derart ungefestigte und wenig widerstandsfähige Position, wie sie der Einwilligungsempfänger erhält, kann nicht als subjektives Recht angesprochen werden.

2. Krückmann selbst zweifelt nun trotz Ablehnung der Einräumung eines subjektiven Rechts für den Einwilligungsempfänger keinen Augenblick an der Rechtsgeschäftsnatur der Ermächtigung bzw. Einwilligung[139]. So heißt es einmal, daß die Ermächtigung rechtsgeschäftlich vorgenommen werden könne, verstehe sich von selbst[140]. An anderer Stelle führt er aus, die Ermächtigung müsse als einseitiges und widerrufliches, in seinen Wirkungen jederzeit zerstörbares Rechtsgeschäft, aber doch immerhin als Rechtsgeschäft gewertet werden[141].

Angesichts der gerade aus der Verneinung eines subjektiven Rechts hergeleiteten Angriffe gegen die Rechtsgeschäftstheorie[142] muß aber dargelegt werden, daß ungeachtet dessen die Einwilligung des Verletzten eine Rechtswirkung hervorruft, also gleichwohl - das Vorliegen der übrigen Voraussetzungen hier einmal unterstellt - ein Rechtsgeschäft ist.

Offenbar übersehen die Vertreter der Gegenauffassung, daß der Begriff der Rechtswirkung nicht nur die Einräumung - subjektiver - Rechte umfaßt, sondern auch ganz allgemein die Entstehung von R e c h t s v e r h ä l t n i s s e n[143]. Ein Rechtsverhältnis ist ein rechtlich bedeutsames und deshalb vom objektiven Recht bestimmtes

---

139) Krückmann gebraucht diese Ausdrücke selbst gelegentlich synonym, so in Ermächtigung und Rechtsbesitz, S. 86, 93. - Z i t e l m a n n hatte schon deshalb keinen Anlaß zu zweifeln, weil er annahm, der Einwilligungsempfänger erhalte ein subjektives Recht (Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99, 55).

140) A.a.O., S. 10[illegible].

141) Krückmann, Ermächtigung, AcP 137, 172, 173; die Ausführungen beziehen sich unmittelbar auf die Bescheinigung, die er dort aber als Ermächtigung konstruiert. B e k k e r zählt die Ermächtigung nach dem Aufbau seines Buches zu den Rechtsgeschäften.

142) Vgl. statt aller hier nochmals Traeger, GS 94, 146; Wiedergabe oben § 4 I 1, S. 81.

143) Vgl. die oben § 8, S. 74, wiedergegebene Definition.

Lebensverhältnis, das in einer rechtswirksamen Beziehung einer Person zu anderen Personen oder zu Gegenständen (Sachen oder Rechten) besteht[144].

Betrachten wir unter diesem Blickwinkel nochmals die Beziehung zwischen Erlaubendem und Eingreifendem. Durch die Einwilligung des Verletzten wird dem Eingreifenden das rechtliche Dürfen - und damit Können - eingeräumt, bestimmte dem Recht des Einwilligenden auf körperliche Unversehrtheit entspringende Handlungen auszuüben. Er darf - und kann - also in diesem Rahmen die den Inhalt jenes Rechts bildende Macht verwirklichen[145], daher wird die Vornahme einer sonst verbotenen, rechtswidrigen Handlung nunmehr rechtmäßig, unverboten[146]. Die Kehrseite dieses Vorganges ist ein begrenzter Rechtsschutz-"Verzicht" - so strafrechtlich -, eine vorbehaltlich des Widerrufs eingetretene Suspendierung des Verbietungsrechts, des Rechts auf Unterlassung gegenüber dem Einwilligungsempfänger.

Die Einräumung dieser Position für den Einwilligungsempfänger läßt es als berechtigt erscheinen, das damit geschaffene Verhältnis zwischen dem Einwilligenden und dem Einwilligungsempfänger als Rechtsverhältnis zu bezeichnen[147], also als ein rechtlich bedeutsames Lebensverhältnis, das hier in der rechtswirksamen Beziehung zwischen zwei Personen besteht[148].

---

144) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 71 I 2, S. 427; inhaltlich ebenso z.B. Lehmann, Allgemeiner Teil, § 10 II 1, S. 67.

145) Vgl. Ludewig, S. 35.

146) An dieser Stelle sei noch auf folgendes hingewiesen. Wenn Krückmann ausführt (vgl. die Wiedergabe oben 1, S.104), die Bedeutung des "Rechts zu" liege in dem Ausschluß der Rechtswidrigkeit o d e r in einem bloßen juristischen Können o d e r in beidem zusammen, so können wir sagen: N u r das letztere ist richtig.

147) Ähnlich auch schon Bekker, § 106, Beilage I, S.215, wiedergegeben oben 1, S. 102.

148) Man kann weiter noch die Frage aufwerfen, ob darüber hinaus der Eingreifende in ein Rechtsverhältnis zum Gegenstand des Rechtes des Einwilligenden, also zu dessen körperlicher Unversehrtheit tritt. Das ist wohl denkbar, da Rechtsverhältnisse nicht nur zu Personen denkbar sind; es entspräche auch Bekkers Konstruktion der Ermächtigung (vgl. vorige Fußnote). Hierbei handelt es sich aber um ein rein theoretisches Problem, das noch um die Zusatzfrage bereichert

Solche Rechtsverhältnisse ohne Rechtseinräumung im engeren Sinne sind gar nichts Seltenes. Es sei nochmals auf folgende Fälle hingewiesen, in denen nicht subjektive Rechte eingeräumt werden und die ungeachtet dessen als Rechtsgeschäfte - d.h. also gewollte Erzeugung von Rechtswirkungen - unzweifelhaft sind:

1) Bevollmächtigung[149],
2) Auslobung,
3) Nießbrauchsüberlassung[150],
4) letztwillige Verfügung[151].

---

werden könnte, ob man angesichts der erteilten Einwilligung schließlich auch noch - drittens - von einer Veränderung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Einwilligenden und seiner körperlichen Unversehrtheit sprechen kann. Wir brauchen nicht weiter auf diese Gedanken einzugehen, denn zur Lösung unserer Frage genügt die Bejahung des Rechtsverhältnisses auf Grund der unzweifelhaft vorhandenen Beziehung zwischen den beteiligten Personen.

149) Auf die Verwandtschaft von Ermächtigung/Einwilligung und Bevollmächtigung wurde schon hingewiesen (vgl. z.B. oben § 4 I 1, S. 49); Krückmann, Ermächtigung, AcP 137, 185, spricht hier von einseitigen Rechtsgeschäften, durch die dem anderen ein juristisches Können ohne typischen Inhalt gegeben wird.

150) Bezeichnend, daß bei diesem - dem unseren in mancher Beziehung ähnlichen, jedoch zweiseitigen - Rechtsgeschäft die juristische Charakterisierung des "Rechts", das der Ausübungsberechtigte erhält, sehr umstritten ist! Vgl. Wolff-Raiser, § 118 I, S.476, insbesondere auch Fußnote 2, dagegen Palandt-Hoche, § 1059, Anm. 2, wo es übrigens interessanterweise heißt: Ob das Ausübungsrecht übertragbar (d.h.: weiterübertragbar) ist, richtet sich nach der Art der E r m ä c h t i g u n g (Sperrung vom Verf.).

151) Als weiteren Fall des Ermächtigungsgeschäftes nennt Bekker - § 106, S. 211 u. 214, vgl. oben IV 1, S. 87 - das Prekarium: Überlassung einer Sache zu "Bittbesitz", d.h. jederzeit widerruflich. Sohm, S. 332, Fußnote 5, führt aus, hier mangele es an einem Vertragsschluß; es fehle an einem R e c h t s v e r h ä l t n i s zwischen den Parteien, es handele sich um ein r e i n t a t s ä c h l i c h e s V e r h ä l t n i s - Gebrauchsüberlassung - ohne gegenseitige Einräumung von Rechten (vgl. auch Künßberg, HdR Bd. IV, S. 556). Unter Recht wird hier offenbar wiederum subjektives Recht verstanden und aus der - richtigen - Feststellung, daß solches fehlt, der - unrichtige - Schluß gezogen, es fehle daher jede Rechtswirkung.

Weiter zeigt sich Ähnliches bei allen obligatorischen Verträgen, die den Gebrauch oder irgendeine Handhabung der Sache des einen Vertragspartners durch den anderen zum Gegenstand haben, also bei Miete, Pacht, Leihe, Verwahrung, u.U. auch Dienstvertrag (Arbeitsgerät etc.!) und Werkvertrag (Reparatur). Hier erhält der Einwirkende eine Befugnis, ein "Recht", auf die Sache e i n z u - wirken, sie z u gebrauchen[152]. Nur dadurch wird sein Handeln rechtmäßig, stellt es keinen verbotenen Eingriff dar. Diese Befugnis ergibt sich aber nicht aus der Natur des obligatorischen Vertrages selbst: z.B. ein Käufer, der sich allein die gekaufte Sache wegnimmt, begeht durchaus verbotene Eigenmacht[153]. Damit zeigt sich, daß die genannten Verträge ein besonderes Element enthalten: eine Ermächtigung, und zwar - nach dem oben festgelegten Sprachgebrauch[154] - eine Gestattung[155].

Durch diese wird dem Vertragspartner die tatsächliche Ausübungsmöglichkeit des dem anderen allein zustehenden Rechtes a n der Sache überlassen, oder - wie man in diesen Fällen auch sagen kann - es liegt eine Gebrauchsüberlassung[156] vor. Solche Gebrauchsüberlassung ist aber ebensogut für sich, außerhalb eines obligatorischen

---

152) Über das "Recht des Mieters z u m Besitz" vgl. Larenz, Bd. II, § 44 IV, S. 149 f.

153) Von Sonderfällen wie Selbstbedienungsläden sei hier abgesehen.

154) Vgl. oben IV 2, S. 96.

155) So schon Bekker, § 106, S. 211, wiedergegeben oben IV 1, S. 87; weiter Krückmann, Ermächtigung und Rechtsbesitz, S. 80, Fußnote 7, S. 87, 104 f.; vgl. auch Geerds, Dissertation, S. 217 ff., der aber wohl n u r die im Rahmen eines obligatorischen Vertrages liegende Ermächtigung Gestattung nennen will.- Entgegen der Meinung Keßlers (S. 21) verstößt es nicht gegen die "elegantia iuris", diese Gestattung - auch eine Ausprägung des Satzes "volenti non fit iniuria" - als eigentlichen zivilistischen Grund der Rechtmäßigkeit der tatsächlichen Einwirkung herauszupräparieren. So schon mit Recht Pfersdorff (S. 18,19), der die Gebrauchsüberlassung im Rahmen des Mietvertrages strafrechtlich als Fall der Einwilligung des Verletzten einordnet; ebenso Honig, S. 150,151 f. Für das Strafrecht wieder etwas anders, aber - nach dem hier Ausgeführten - zivilrechtlich nicht ganz genau: Welzel, § 14 VII a (a.E., ℰ), S. 88.

156) Krückmann, Ermächtigung und Rechtsbesitz, S. 96.

Vertrages denkbar[157]. Sie ist dann ein selbständiges Rechtsverhältnis. Ein beliebiges Beispiel: Für die Zeit während eines Umzuges durch die Straßen einer Stadt gestattet ein Hauseigentümer Filmoperateuren, sich im Vorgarten oder auf dem Balkon des Hauses aufzuhalten. Hier liegt kein Mietvertrag vor, aber eben eine Gestattung, die jederzeit widerruflich ist[158].

Die Gestattung kommt also ebenso wie die Einwilligung des Verletzten zu Eingriffen in seine körperliche Unversehrtheit - eine Erlaubnis - selbständig oder im Rahmen eines Vertragsverhältnisses (hier: Arztvertrag) vor, ist aber immer von diesem zu unterscheiden[159].

Bei der Miete wird diese Einwirkungsbefugnis nun im Gesetz ausdrücklich als "Gebrauchsr e c h t " bezeichnet (§ 552 BGB). Die Verwendung eines entsprechenden Begriffes - etwa Eingriffsrecht - ist in unserem Falle jedoch unangebracht, weil damit der wesentliche Unterschied zu der unwiderruflichen Position des Mieters verwischt werden würde und das Wort Eingriffsrecht eben an ein subjektives, dingliches Recht denken läßt[160].

Die dem Eingreifenden durch die Erlaubnis gewährte Position soll daher zweckmäßigerweise nur so benannt werden, wie es ihrem hier erkannten Inhalt entspricht: Es handelt sich um ein Dürfen, eine Dürfensposition. Angesichts des bedeutsamen Unterschiedes zwischen dieser Position und dem subjektiven Recht soll es zur Verhütung von Unklarheiten vermieden werden, auch nur von einem "Recht" in einem weiteren Sinne zu sprechen. Auch von einem "Recht z u m Eingriff" soll daher nicht die Rede sein.

---

157) Vgl. hierzu Krückmann, a.a.O., S. 80, Fußnote 7, S. 96; ebenso Larenz, Bd. II, § 66 I e 1, S. 431.

158) Unwiderruflich wird solche Gestattung erst, wenn sie in einen Vertrag eingebettet wird; ein Indiz dafür kann die Entgeltlichkeit sein. So Krückmann, a.a.O., S. 90, 91.

159) Vgl. hierzu schon Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99, 49 f., 59, 60, 61; vgl. auch z.B. Pfersdorff, S. 19.

160) Zur Terminologie vgl. auch Geerds, Diss. S. 221: "Rechtsgeschäfte, die ein E i n g r i f f s r e c h t in den menschlichen Körper gewähren, sind nicht denkbar." Hier wird unter der Wortprägung Eingriffsrecht ebenfalls offensichtlich ein subjektives, wohl auch dingliches Recht verstanden.

Es ist nichts Ungewöhnliches, wenn hier zwischen subjektivem Recht und Nicht-Recht oder bloßem Rechtsreflex noch eine Zwischenform anerkannt wird. Es braucht nur auf folgende Beispiele aus diesem Zwischenbereich hingewiesen zu werden: Anwartschaftsrechte[161], Anrechte[162], Kannrechte[163].

Nach allem zeigt sich aber nun ganz deutlich die Fehlerhaftigkeit der Auffassung, wonach die Einwilligung des Verletzten rechtlich irrelevant sein, ein rechtlicher Vorgang, eine Rechtswirkung dagegen erst mit der Handlung des Eingreifenden eintreten soll: nämlich deren Rechtfertigung[164]. Es ist eben vielmehr so, daß diese

---

161) Vgl. hierzu statt vieler z.B. Enneccerus-Nipperdey, § 82 II, S. 472, auch Fußnote 3, u. § 82 II 4, S. 475; weiter noch Wolff-Raiser, § 2 II 3, S. 11, insbesondere auch Fußnote 10 ff.- Bei allen diesen Begriffen ist umstritten, ob sie schon subjektive Rechte sind oder nicht - vgl. z.B. v. Lübtow, JuS 1963, 173, für Anwartschaftsrechte - und damit auch wiederum der Begriff des subjektiven Rechts selbst. Darauf ist hier nicht näher einzugehen.

162) Ein umstrittener Begriff, vgl. v.Lübtow, a.a.O., S. 177; Larenz, Bd. I, § 2 II, S. 12, Fußnote 4.

163) Auch "Rechte des rechtlichen Könnens" u.ä., vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 73 I 3, S. 441, Fußnote 12; Lehmann, Allgemeiner Teil, § 12 I 1 b, S. 78.

164) So Honig, der sogar nicht einmal eine Tathandlung (Realakt) in der Einwilligung des Verletzten sieht; vgl. S. 165: "Auch die Einwilligung ... ist a n s i c h o h n e j e d e R e c h t s w i r k u n g ; eine solche, die Umwandlung des rechtswidrigen Charakters einer gesetzlich umschriebenen Handlung in einen nicht rechtswidrigen, tritt erst mit dem Vollzuge der Handlung ein; insofern hängt die W i r k s a m k e i t d e r E i n w i l l i g u n g von der Existenz einer Handlung ...ab. Während aber bei der Tathandlung die Rechtswirkung an den Erfolg geknüpft ist, den der Handelnde selbst gesetzt hat, tritt die R e c h t s w i r k u n g d e r E i n w i l l i g u n g ... in der rechtlichen Bedeutsamkeit einer Handlung in Erscheinung, die von einem anderen als dem Einwilligenden vorgenommen worden ist." (Vgl. auch oben § 4 I 1, S. 55 ff., u. die gleiche fehlerhafte Betrachtungsweise bei Geerds, Diss., S. 231, 232, vgl. oben § 3 I 4, S. 30 f.)- Bezeichnend ist der durch die Sperrungen hervorgehobene Widerspruch: Honig leugnet "an sich" j e d e Rechtswirkung der Einwilligung, spricht dann aber doch selbst von solcher (hier eben zumindest mit Blick auf den Rechtswidrigkeitsausschluß).

Einwilligung eine Dürfensposition einräumt und der daraufhin vorgenommene Eingriff rechtmäßig ist, weil er einen tatsächlichen Vollzug der durch jene Ermächtigung gegebenen Ausübungsmöglichkeit darstellt. In der Einräumung dieses Dürfens, in der Schaffung dieses Rechtsverhältnisses liegt die Rechtswirkung der Einwilligung des Verletzten[165].

165) Nunmehr ist auch der Fehler der Lehre von den schwächeren und stärkeren Rechtfertigungsgründen (vgl. z.B. Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99, 14 ff., insbesondere 22, u. schon Linckelmann, S. 71, 72) erklärbar, dieser Lehre, nach der Handlungen auf Grund einer Erlaubnis - eines "nur negativen" Rechtswidrigkeitsausschlusses - lediglich rechtlich indifferent seien. Da die Heileinwilligung ausdrücklich (so Linckelmann, a.a.O.) oder stillschweigend in diese Gruppe gerechnet wurde, kamen die Vertreter dieser Ansicht auch für den Heileingriff zu dem schon oben, § 8 II 2, S. 82, abgelehnten Ergebnis, die erlaubte Handlung sei rechtlich neutral, aber nicht rechtmäßig. Hier wurde die Bedeutung des mit der Erlaubnis eingeräumten D ü r f e n s übersehen. Zumindest ein solches wird durch alle Rechtfertigungsgründe eingeräumt, und schon dadurch wird das entsprechende Handeln rechtmäßig. Zu weitgehend - zumindest terminologisch - allerdings Maurach, § 24 III 1, S. 250: Jeder Rechtfertigungsgrund gewährt ein R e c h t z u m Handeln, ein echtes Notrecht, Mit Recht spricht schon Hold v. Ferneck, S. 301, 302, in diesem Zusammenhang von einer "Verwechslung von Recht und Dürfen"; "Was nicht verboten ist, ist darum noch kein Recht." Nur folgert er daraus wiederum, erlaubtes Handeln sei rechtlich indifferent. Der hier vorliegende Fehler wird besonders deutlich, wenn Keßler - S. 50 - ausführt, das erlaubte Handeln sei nicht b e r e c h t i g t, also indifferent. Entscheidend ist allein, daß erlaubtes Handeln r e c h t m ä ß i g ist, und deshalb ist es nicht indifferent. Ob darüber hinaus ein echtes subjektives Recht eingeräumt wird, ist eine weitere Frage, die unter dem Gesichtspunkt der Rechtfertigung nicht interessiert. Man kann zwar die Einräumung eines subjektiven Rechts als stärkeren, eines Dürfens allein als schwächeren Rechtfertigungsgrund bezeichnen, gewinnt aber hiermit nicht viel. Falsch wird die Unterscheidung dagegen eben dann, wenn man als Wirkung der letzteren nicht Rechtmäßigkeit, sondern rechtliche Indifferenz der Handlung annimmt. Daher kommt Maurach - § 24 III 1, S. 250 - mit Recht zu dem Ergebnis, daß "... die Unterscheidung zwischen den (stärkeren) Rechtfertigungsgründen und den (schwächeren) bloßen Unrechts-

§ 9 Vorliegen eines Rechtsfolgewillens

Nunmehr ist noch nachzuweisen, daß das andere oben[1] hervorgehobene Tatbestandsmerkmal des Rechtsgeschäftes, der auf die eben ermittelte Rechtswirkung gerichtete Willen - der Geschäfts-[2] oder Rechtsfolgewillen[3] - beim Einwilligenden vorliegt. Auch mit der Behauptung, daß der Einwilligende keinen entsprechenden Rechtsfolgewillen habe, leugnen viele die rechtsgeschäftliche Natur der Einwilligung des Verletzten[4]. Soweit von diesen Autoren nicht gleichzeitig auch der Eintritt einer Rechtswirkung überhaupt geleugnet wird[5], führt das zu der sogenannten Rechtshandlungstheorie[6].
Eine Rechtswirkung ist nämlich nicht nur durch Rechtsgeschäft hervorzurufen, sondern auch durch Rechtshandlungen. Diese beiden Gruppen rechtswirksamen Verhaltens unterscheiden sich gerade durch das subjektive Element des Rechtsfolgewillens, das bei den Rechtshandlungen fehlt. Bei ihnen wird die Rechtswirkung nicht durch den Willen des Handelnden, sondern unmittelbar durch die Rechtsordnung bestimmt[7].

Es muß daher geprüft werden, was erforderlich ist, um das Vorliegen des Rechtsfolgewillens bejahen und damit den eine Rechtswirkung auslösenden Akt als Rechtsgeschäft ansprechen zu können; sodann ist nachzuweisen, daß die Einwilligung des Verletzten die ermittelten Voraussetzungen erfüllt.

---

ausschlußgründen unstatthaft" sei. Auch im vorliegenden Zusammenhang ist Welzels Satz - § 14 I1, S. 75 - zutreffend: "In der Einförmigkeit des rechtlich B e d e u t u n g s l o s e n gehen die Besonderheiten der rechtlichen E r l a u b n i s und die wesentlichen Wertunterschiede zwischen dem E r l a u b t e n und dem rechtlich I r r e l e v a n t e n unter."

1) § 7 I 1, S. 72.
2) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 145 II A 1, S. 897.
3) Vgl. Manigk, Rechtshandlungen, HdR Bd. IV,665, der den Rechtsfolgewillen als Kern des Rechtsgeschäftsbegriffes bezeichnet (so nach Manigk, Rechtswirksames Verhalten, S. 52, schon im späteren römischen Recht).
4) Vgl. im Strafrecht z.B. Kiehl, GA Bd. 54, 381 ff. (oben § 4 I 1, S.53 f.); im Zivilrecht z.B. schon Linckelmann, S. 80 (oben § 3 I 1, S. 18); weiter Manigk, Rechtswirksames Verhalten, S. 509 (oben § 3 I 4, S. 28 ff.).
5) So z.B. Kiehl, a.a.O.
6) So z.B. Manigk, a.a.O.
7) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 137 IV 2, S. 865; Lehmann, Allgemeiner Teil, § 38 I, S. 318; Manigk, Rechtshandlungen, HdR Bd. IV, S. 666.

Ausgangspunkt ist dabei die Feststellung, daß die "Rechtsnatur" einem Akt nicht von der handelnden Person, sondern generell von der Rechtsordnung "aufgeprägt" wird[8]. Diese kann ihn entweder der Privatautonomie überlassen und ihn dadurch zu einem Rechtsgeschäft machen oder aber mit ihm ihre eigenen rechtspolitischen Zwecke verfolgen. Liegt danach eine Rechtshandlung vor, so wird sie nicht dadurch zum Rechtsgeschäft, daß der Handelnde in concreto die normierte Rechtsfolge einmal tatsächlich erstrebt oder dies sogar zum Ausdruck bringt[9]. Das betont mit Recht Manigk[10]. Er führt dementsprechend aus: Wenn auch anderen Schriftstellern zugegeben werden könne, daß im Einzelfalle die Grenze zwischen Rechtsfolgewillen und einem nicht auf eine Rechtswirkung gerichteten Willen schwer zu ziehen sei, so beweise das nur die bisweilen schwierige Würdigung der konkreten Tatsachen; die systematische Grenzlinie zwischen rechtsgestaltenden Akten - Rechtsgeschäften - und rechtswirksamen Akten, deren Wirkungen die Rechtsordnung ausschließlich festsetze, sei eindeutig und klar[11].

Gleichwohl müssen wir uns auch für die Beantwortung der systematischen Frage mit der Abgrenzung des konkreten Falles befassen. Denn das Problem liegt hier ja gerade darin, daß die Einwilligung des Verletzten im Zivilrecht nicht normiert ist, so daß vom Gesetz aus keine Anhaltspunkte gegeben sind, welche Rechtsnatur die Rechtsordnung diesem Akt "aufprägt". Deshalb muß untersucht werden, wie die Haltung des Einwilligenden zur Wirkung der Einwilligung typischerweise ist, weil die Rechtsordnung ihren Kategorien solche Lebenstypen zugrunde legt. Wir brauchen daher ein Kriterium

8) So recht anschaulich Manigk, Rechtswirksames Verhalten, S. 478.
9) Hier ist der "Rechtsfolgewille" also nicht causa efficiens, sondern superfluens.
10) Rechtswirksames Verhalten, S. 468, 469, 478; auch schon Rechtshandlungen, HdR Bd. IV, 669.
11) Rechtswirksames Verhalten, S. 470.

für die Unterscheidung von Rechtsfolgewillen - oder Geschäftswillen - und unverbindlichem Willen, um anhand dessen zu entscheiden, ob bei dem Einwilligenden normalerweise vom Vorhandensein eines Rechtsfolgewillens gesprochen werden kann.

Ein Rechtsfolgewille liegt nun nach richtiger Ansicht nur dann vor, wenn eine r e c h t l i c h e Wirkung erstrebt wird[12]. Früher herrschte allerdings Streit, ob das Wollen des Handelnden wirklich auf eine R e c h t s-wirkung gerichtet sein müsse, oder ob es nicht genüge, wenn der Wille auf einen tatsächlichen, häufig insbesondere wirtschaftlichen Erfolg gerichtet sei, während dieser von der Rechtsordnung zu einer Rechtsfolge gestaltet werde[13]. Die zweite Meinung ging von der Beobachtung aus, daß der Laie die Gesamtheit der legal vorgesehenen Rechtsfolgen eines Rechtsgeschäftes nicht kenne, sie also mit seinem Bewußtsein auch nicht umfassen könne. Das ist richtig, trägt aber die eben genannte Meinung nicht, die ihrerseits übersieht, daß auch ohne solche Detailkenntnisse der Handelnde rechtliche Wirkungen erstreben kann. Unter Berücksichtigung dieses Gedankens ist daher mit Recht heute die Rechtsfolgentheorie vorherrschend geworden[14]. Die danach zu stellenden Anforderungen sind schon von Zitelmann klassisch formuliert worden: "Wenn man, damit die Willenserklärung eine rechtsgeschäftliche sei, eine 'juristische Absicht' des Erklärenden fordert, so braucht diese Absicht doch keine juristisch ausgeprägte zu sein, es genügt, wenn sie auf einen gewissen tatsächlichen Erfolg geht, sofern nur der Handelnde diesen Erfolg zugleich als einen rechtlich bedeutsamen, von der Rechtsordnung anerkannten, beabsichtigt, wobei weiter der Grad der Deutlichkeit, mit der der Handelnde diese rechtliche Seite des beabsichtigten Erfolges vorstellt,

12) Vgl. Lehmann, Allgemeiner Teil, § 24 I, S. 129.
13) Nachweise bei Enneccerus-Nipperdey, § 145 I A 1, S. 896, Fußnote 4; Manigk, Rechtswirksames Verhalten, S. 145.
14) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, a.a.O.; Lehmann, Allgemeiner Teil, § 24 I, S. 129; aus der Rspr. vgl. z.B. RGZ 88, 278 (284).

gleichgültig bleibt."[15]

Es genügt also, wenn der Erklärende den tatsächlichen Erfolg auf rechtlichem Wege, als einen rechtlich gesicherten will[16]. Das erforderliche Mindestmaß an rechtlicher Substanz im Willen des Handelnden ist passend mit der im Strafrecht üblichen Formulierung umschrieben, es genüge die "Parallelwertung in der Laiensphäre des Täters"[17]. Wo aber eine rechtliche Wirkung ganz außerhalb des Bewußtseins liegt, fehlt es am Rechtsfolgewillen und damit an einem Rechtsgeschäft[16].

Daß es hier unscharfe Übergänge im Einzelfall geben kann, liegt auf der Hand. Man halte sich nur vor Augen, was alles in einer Skala Platz findet, die - beispielsweise - von der Hypothekenbestellung über die Handschenkung bis zur gesellschaftlichen Gefälligkeit reicht.

Gleichwohl kann man bei einem Aktstyp sagen, ob hier eine Wirkung in der Regel - und das muß uns für seine rechtliche Klassifizierung genügen[18] - als rechtliche gewollt wird.

Von diesem Ausgangspunkt her ist das Vorliegen eines Rechtsfolgewillens bei der Einwilligung des Verletzten zu bejahen. Recht haben allerdings diejenigen, die bestreiten, daß die Einwilligung ein auf den Ausschluß der Rechtswidrigkeit gerichtetes Rechtsgeschäft sei[19]. Der Wille des Einwilligenden geht in der Regel nicht gerade auf diesen Unrechtsausschluß. Denn dessen Bedeutung zeigt sich vor allem erst im Falle von späteren Schadensersatzansprüchen, an die der Laie bei einer Operationseinwilligung wohl selten unmittelbar denkt. Damit ist

---

15) Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99, 51, 52.
16) Vgl. Lehmann, a.a.O.
17) Übernahme dieses gängigen, von Mezger geprägten (bei Welzel, § 13 I 4, S. 69, strafrechtlich präziser gefaßten) Ausdruckes für den vorliegenden Problemkreis schon bei Manigk, Rechtswirksames Verhalten, S. 333; ebenso bei Enneccerus-Nipperdey, a.a.O.
18) Vgl. hierzu z.B. auch Enneccerus-Nipperdey, § 145 II A 1 a, S. 897; fehlt im Einzelfall trotz Klassifizierung als Rechtsgeschäft einmal der Rechtsfolgewille, so hilft gegebenenfalls Anfechtung.
19) So aber Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99, 48 (vgl. oben 3 I 2, S. 22).

aber noch nicht das Fehlen eines Rechtsfolgewillens bewiesen. Denn dieser Rechtswidrigkeitsausschluß ist ja - wie wir festgestellt haben - nur die Kehrseite davon, daß der Eingreifende eine Erlaubnis zu seinem Vorgehen, eine Dürfensposition, erhält. Und d a r a u f richtet sich der Wille des Betroffenen, wenn er die Einwilligung erklärt. Ohne in Künstelei und Fiktionen abzugleiten, kann festgestellt werden, daß die "Parallelwertung" des Einwilligenden dahin geht, dem anderen einen Eingriff zu "erlauben" - oder auch zu "gestatten" -, ihm die "Befugnis" dazu einzuräumen[20], so daß der Eingreifende handeln "kann" und "darf". Es kann nicht geleugnet werden, daß damit die rechtliche Substanz des Vorganges genügend genau erfaßt ist. Es fehlt dem Einwilligenden sicher nicht das Bewußtsein, daß die Erlaubnis zu einem so gravierenden Eingriff in seine höchstpersönliche Sphäre etwas ist, das nicht "nur im tatsächlichen Bereich" liegt, sondern dem rechtliche Wirkung zukommt.

Danach ist es u n s c h ä d l i c h , wenn der Einwilligende nicht gerade bedenkt, daß durch die Befugnis-Einräumung "die Rechtswidrigkeit des Eingriffs ausgeschlossen wird". D i e s e Rechtsfolge tritt auf Grund der Rechtsordnung mit ein. Alle denkbaren Rechtsfolgen braucht die Erklärung nicht zu umfassen: Wesentlich ist nur, daß der entscheidende rechtliche Vorgang - hier die Erlaubnis - Willensinhalt ist. Schon dann ist der Rechtsfolgewillen zu bejahen, auch wenn weitere unmittelbare oder mittelbare Folgen nicht vom Wissen und Wollen mitumfaßt sind[21].

Hier ist aber unmittelbare Rechtsfolge der Einwilligung des Verletzten nur die Einräumung der Dürfensposition. Der Ausschluß der Rechtswidrigkeit einer Handlung ist noch durch deren Vornahme sozusagen "aufschiebend bedingt"[22].

---

20) So an anderer Stelle auch bereits Zitelmann (a.a.O., S. 55, 56), der dort allerdings eben die Einräumung eines subjektiven Rechts bejaht.

21) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 145 II A 1 a, S. 897; Manigk, Rechtswirksames Verhalten, S. 149.

22) Diesen Zusammenhang verkennt Honig, vgl. oben § 8 VI 2, S. 112, insbesondere Fußnote 164.

Alle diejenigen, die die Rechtshandlungstheorie damit begründeten, die Einwilligung des Verletzten richte sich nur auf etwas Faktisches, eine Handlung - z.B. "das Operieren" - und habe dann eine allein von der Rechtsordnung selbst angeknüpfte Wirkung - Ausschluß der Rechtswidrigkeit[23] -, haben bei ihren Betrachtungen die zutreffende Blickrichtung verfehlt: Sie behandelten die Erlaubnis des E i n g r i f f s anstelle der E r l a u b n i s des Eingriffs. Dieser Fehler hat zu einer folgenreichen falschen Begriffsbildung geführt: Unter seinem Einfluß wandelte sich die "Erlaubnis zu tatsächlichen Eingriffen" in eine "tatsächliche Erlaubnis", die nicht als Rechtsgeschäft erkannt wurde[24]. Fälschlich wurde nämlich gefolgert: Weil diese Einwilligung sich auf fremde tatsächliche Handlungen und nicht auf ein fremdes Rechtsgeschäft, auf Rechtsfolgen fremden Verhaltens beziehe, deshalb sei sie kein Rechtsgeschäft[25]. Entscheidend ist jedoch gar nicht die Frage, ob sich der Wille des Betroffenen auf Rechtsfolgen fremden Verhaltens richtet oder nicht, sondern vielmehr die, ob das eigene Verhalten - hier also die Einwilligungserklärung - Rechtswirkungen hat und der Wille auf deren Verwirklichung gerichtet ist. Das aber ist - wie dargetan - der Fall.

Da somit bei der Einwilligung des Verletzten auch der entsprechende, auf die Erlaubnis des Eingriffs gerichtete Rechtsfolge- oder Geschäftswillen vorliegt, ist der Nachweis erbracht, daß die Einwilligung des Verletzten ein Rechtsgeschäft ist[26].

---

23) Vgl. statt vieler Manigk, Rechtswirksames Verhalten, S. 509 (vgl. Wiedergabe oben § 3 I 4, S. 29).
24) So z.B. Geerds, Diss., S. 226-228.
25) So z.B. Manigk, a.a.O.; BGH NJW 1959, 811 (Grundsatzentscheidung; vgl. oben § 6 II, S. 65); Boehmer, Teilmündigkeit, MDR 1959, 705.
26) Zu der Ansicht Manigks, der nachhaltig die Rechtshandlungstheorie vertrat, sei noch auf folgendes hingewiesen. Ausgangspunkt unserer Überlegungen ist die Feststellung, daß die Einwilligung zu Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit ein besonders deutlicher Fall der Ausübung der Selbstbestimmung ist, Instrument der Selbstbestimmung - oder Privatautonomie- im Zivilrecht aber das Rechtsgeschäft. Dem letzteren Gedanken entspricht Manigks Formulierung, der Rechtsfolgewille sei das Agens des Rechtsgeschäfts (Rechtswirksames Verhalten, S. 102). Demgegenüber sieht er

§ 10 Die Einwilligung des Verletzten als Rechtsgeschäft

I. Die Einwilligung des Verletzten als rechtsgeschäftliche Verfügung

Es bleibt festzustellen, zu welcher Art rechtsgeschäftlichen Handelns die Einwilligung des Verletzten gehört. Offensichtlich ist, daß es sich dabei nicht um ein Verpflichtungsgeschäft handelt[1]. Es kann sich aber um eine Verfügung handeln. Demgegenüber ist häufig die auch vom Bundesgerichtshof wiederholte Ansicht vertreten worden, über die körperliche Unversehrtheit könne der Mensch nicht v e r f ü g e n wie über eine ihm gehörige Sache, ein ihm zustehendes dingliches Recht oder ein Rechtsverhältnis[2].

---

das Wesentliche der Rechtshandlungen darin, daß mit ihnen die Rechtsordnung ihre eigenen Zwecke unmittelbar selbst verwirklicht, d.h. Tatbestand und R e c h t s f o l g e n zwingend festsetzt, ohne dem einzelnen die Ermächtigung zu autonomer Rechtsgestaltung durch Betätigung des Rechtsfolgewillens zu geben. Als typischen Fall nennt er beispielsweise die Verarbeitung (§ 950 BGB). Der Handelnde ist hier - so Manigk - lediglich Instrument der Rechtsordnung (a.a.O., S. 468. 469; vgl. auch Mot. I, S. 127 zu Rechtshandlungen; vgl. Wiedergabe oben § 3 I 1,S.19). Daß die Einwilligung des Verletzten keinesfalls lediglich eine Rechtshandlung sein kann, läßt sich gar nicht besser dartun als durch Verweis auf diese Ausführungen eines Vertreters der Rechtshandlungstheorie.- Abwegig ist die Ansicht, das Problem der Selbstbestimmung sei mit der Rechtsgeschäftstechnik des BGB nicht restlos zu bewältigen, weil das Rechts-"geschäft" einen zu eng ökonomischen Beigeschmack habe (so Geilen, S. 126).

1) So mit Recht schon Linckelmann, S. 81 (vgl. oben § 3 I 1, S. 18).

2) Auch dies schon durch Linckelmann, a.a.O.; häufig im Strafrecht, vgl. z.B. Kiehl, S. 372 (Wiedergabe oben § 4 I 1, S. 54); neuerdings BGH NJW 1959, 811 (Grundsatzentscheidung).- Dieses Argument wird ganz allgemein zur Ablehnung der rechtsgeschäftlichen Natur der Einwilligung benutzt. Hier interessiert nach allem nur die darin auch enthaltene spezielle Ablehnung gerade der Verfügung.

Diese Ablehnung der Verfügung läßt sich nicht mehr - wie beispielsweise der Bundesgerichtshof und vor ihm das Reichsgericht[3] es taten - auf das oben[4] widerlegte Argument stützen, daß die körperliche Unversehrtheit nicht Gegenstand eines subjektiven Rechts sei. Aber auch die Tatsache, daß es sich hierbei um ein subjektives Recht im höchstpersönlichen Bereich handelt, spricht nicht gegen eine Verfügung. Zwar werden häufig Verpflichtung - obligatorisches Recht oder Schuldrecht - Gegenstand: "Recht auf" (die Sache etc.) einerseits und Verfügung - dingliches Recht oder Sachenrecht - Gegenstand: "Recht an" (der Sache etc.) andererseits einander zugeordnet, gleichwohl kann aber der Begriff der Verfügung nicht mit dem des "dinglichen Rechtsgeschäfts" gleichgesetzt werden. Der Verfügungsbegriff ist weiter[5], insbesondere also auch im Bereich höchstpersönlicher Rechte, wie dem auf körperliche Unversehrtheit, anwendbar.

Bei der Gegenmeinung wirken offensichtlich noch die in dem früheren strafrechtlichen Schrifttum vertretenen Ansichten über unverzichtbare, unveräußerliche oder unverfügbare Rechtsgüter nach. Aber diese Lehre ist heute im Strafrecht überwunden. So heißt es im Entwurf 1962 zu einem Strafgesetzbuch, die körperliche Unversehrtheit sei "als grundsätzlich v e r z i c h t b a r e s[6] Individualgut unstreitig", und bei den verzichtbaren Individualgütern stehe "dem Rechtsgutsträger die V e r f ü g u n g s b e f u g n i s über das Rechtsgut sowie über die Art und Weise seiner Verletzung oder Gefährdung zu"[7].

Ein richtiger Kern steckt gleichwohl in der hier abgelehnten Lehre. Eine Verfügung über die körperliche Unversehrtheit ist zwar möglich, aber n i c h t u n b e s c h r ä n k t . Das beruht auf dem Unterschied von

---

3) Vgl. RGSt 41, 392 (395, 396).
4) § 8 IV 1, S. 88 ff.
5) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 143 II 2, S. 883, Fußnote 14.
6) Gerade gegen d i e s e n Begriff bestehen umgekehrt zivilrechtliche Bedenken.
7) E 1962, Begründung, S. 286.

übertragbaren und höchstpersönlichen Rechten[8]. Der U m f a n g der Verfügungsfreiheit bestimmt sich nach dem Sinn des jeweiligen Rechtes. Die h ö c h s t persönlichen Rechte sind danach nicht übertragbar. Das Recht auf körperliche Unversehrtheit gehört zu ihnen[9]. Die irrige Auffassung, über dieses Recht könne nicht verfügt werden, beruht vielleicht mit auf der Ineinssetzung von verfügen und übertragen[10]. Der bürgerlich-rechtliche Verfügungsbegriff ist aber umfassender.

Es bleibt somit zu untersuchen, welche andere Verfügungsform als gerade die Übertragung des betroffenen Rechtes selbst hier in Frage kommt. Geht man von dem allgemein gefaßten Satz aus, daß die Verfügung Ausübung der im subjektiven Recht gelegenen Rechtsmacht durch Rechtsgeschäft ist[11], so zeigt sich, daß hierunter die Einwilligung des Verletzten anstandslos einzuordnen ist. Gewisse Schwierigkeiten ergeben sich, wenn man von der üblichen Definition ausgeht: Die Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, durch das unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, in seinem Inhalt verändert oder aufgehoben wird[12].

---

8) Vgl. hierzu Lehmann, Allgemeiner Teil, § 12 II,S.83; Esser, Einführung, S. 153.

9) Nicht alle Persönlichkeitsrechte sind höchstpersönlich - vgl. Hubmann, S. 121 -, wohl aber dieses; hingewiesen sei auf die in diesem Zusammenhang von Hubmann vertretene These (S. 122), daß ursprünglich alle Rechte übertragbar gewesen seien (Freiheit beim germanischen Würfelspiel!) und erst im Laufe der Kultur- und Rechtsentwicklung die unübertragbaren herausgearbeitet worden seien.

10) Im Strafrecht, wo diese Begriffe viel weniger differenziert gebraucht werden, benutzte man unverfügbar, unübertragbar etc. synonym. Die frühere Übernahme der strafrechtlichen Ansicht, die körperliche Unversehrtheit sei unverfügbar, ins Zivilrecht, beruhte daher wohl auf einer Begriffsvertauschung zwischen dem im Sinne einer Wertung benutzten strafrechtlichen und dem technischen bürgerlich-rechtlichen Verfügungsbegriff, durch die die Erkenntnis, daß andersartige Verfügungen - im zivilrechtlichen Sinne - als gerade die Übertragung hier sehr wohl denkbar bleiben, verloren ging. Vgl. hierzu auch noch Lehmann, Allgemeiner Teil, § 15 II 2 a, S. 103, wo Lehmann einen ähnlichen Fehler bei Sohm zeigt.

11) So Lehmann, Allgemeiner Teil, § 15 II 2, S. 102.

12) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 143 II, S. 882; Lehmann, Allgemeiner Teil, § 15 II 1, S. 102.

Da das Recht auf körperliche Unversehrtheit weder selbst übertragen noch aufgehoben wird, scheinen nur die Rechtsänderung oder Belastung in Betracht zu kommen. Beide Begriffe sind aber für die hier vorliegende Übertragung der Ausübungsmöglichkeit des Rechts auf körperliche Unversehrtheit unpassend: Rechtsänderung ist ein spezifisch schuldrechtliches Institut, sie erfolgt durch Vertrag oder Ausübung eines Gestaltungsrechts[13]; Belastung ist auf das Sachenrecht festgelegt und gibt dem Berechtigten ein subjektives Recht am Gegenstand der Belastung[14].

Danach scheint es richtig, das hier vorliegende Rechtsgeschäft doch der "Übertragung eines Rechts" zuzuordnen, indem man diese Formulierung weit auslegt und die Übertragung eines Dürfens miteinbezieht. Es ist nicht geboten, diesen Definitionsbestandteil "Übertragung eines Rechts" so eng zu fassen, daß darunter nur die Übertragung des betroffenen - subjektiven - Rechts selbst a l s G a n z e s fällt. Vielmehr kann man hierher auch die Übertragung eines T e i l e s des Inhalts dieses Rechts, nämlich die mit dem Dürfen eingeräumte Ausübungsmöglichkeit des betroffenen Rechts rechnen. Es scheint sinnvoller, den - wie nachgewiesen - unzweifelhaft eine Rechtswirkung erzeugenden Akt der Einwilligung des Verletzten auf diese Weise unter die Verfügungen einzuordnen[15], als etwa eine dritte Kategorie neben Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäften dafür einzuführen.

---

13) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 143 I 2, S. 881, u. Enneccerus-Lehmann, § 42, S. 185 f.

14) So Enneccerus-Nipperdey, § 143 III, S. 884.- Gegen Subsumierung der Ermächtigung unter die Belastung auch Krückmann, Ermächtigung und Rechtsbesitz, S. 97; vgl. auch Wolff-Raiser, § 118 I, S. 476, Fußnote 5: Die Ausübungsüberlassung beim Nießbrauch ist keine Belastung desselben.

15) Vgl. weiter Lehmann, Allgemeiner Teil, § 15 II 1 a.E., S. 102: "Die Einwilligung zu einer Rechtsverletzung ist ... jedenfalls als Verfügung ... zu behandeln." Vgl. weiter noch für den Parallelfall beim Nießbrauch Wolff-Raiser, § 118 I, S. 476: Die Überlassung der Ausübung sei keine Übertragung des Nießbrauches selbst, auch nicht - wie oben schon zitiert - dessen Belastung, wohl aber eine V e r f ü g u n g über die aus dem Nießbrauch fließenden Rechte.
Gegen die Annahme einer Verfügung ohne zwingende Gründe Krückmann, Ermächtigung und Rechtsbesitz, S. 92, auch S. 93 ff.

II. Die Einwilligung des Verletzten als empfangsbedürftige Willenserklärung

Sehr streitig war lange Zeit, ob die Einwilligung e r k l ä r t werden muß, oder ob eine rein innerliche zustimmende Willens r i c h t u n g ausreicht[16].

Der hier vertretenen Rechtsgeschäftstheorie entspricht allein die Willens e r k l ä r u n g s theorie. Es handelt sich bei der Einwilligung des Verletzten um eine einseitige[17] e m p f a n g s b e d ü r f t i g e Willenserklärung. Die Empfangsbedürftigkeit - Regelfall im Zivilrecht - entspricht der neueren strafrechtlichen Auffassung. Danach ist nämlich für die Wirksamkeit eines Rechtfertigungsgrundes als subjektives Rechtfertigungselement das B e w u ß t s e i n der rechtfertigenden Situation erforderlich sowie der W i l l e , in Ausübung dieser Befugnis zu handeln[18]. Demgemäß ist die Kenntnis des Täters von der Einwilligung unerläßlich[19]. Aus diesem Grunde wird heute im Strafrecht wohl überwiegend die Willenserklärungstheorie vertreten[20], und dem

16) Vgl. z.B. den Literaturbericht bei Schrey, S. 7 ff.; weiter Engisch, Ärztliche Operation, S. 8 f.; für das Zivilrecht vgl. insbesondere Manigk, Rechtswirksames Verhalten, S. 509 f.

17) § 305 BGB widerspricht nicht der Konstruktion, daß dem Einwilligungsempfänger eine Dürfensposition durch einseitiges Rechtsgeschäft eingeräumt wird. Das ergibt sich - vordergründig - daraus, daß diese Vorschrift nur die einseitige Begründung von S c h u l d verhältnissen, nicht jedoch von R e c h t sverhältnissen anderer Art verhindert. Aber auch dem Sinne nach steht sie nicht entgegen. Ihr Sinn ist es, daß niemandem gegen seinen Willen etwas geschenkt oder ganz allgemein: eine Forderung oder ein Recht aufgedrängt werden soll (vgl. Larenz, Bd. II, § 51, S. 251). Durch die Einwilligung des Verletzten wird aber dem Einwilligungsempfänger gar nichts "geschenkt"; ihm wird auch kein Recht "aufgedrängt", vielmehr nur die Möglichkeit zum Handeln in Form eines rechtlichen Dürfens eingeräumt.

18) Vgl. Schönke-Schröder, Vorbem. zu § 51, Anm.IV.

19) So z.B. Schönke-Schröder, Vorbem. zu § 51, III 7 b ε, Randnote 41; Welzel, § 14 VII 2 b, S. 88.

20) Außer den in der vorigen Fußnote Genannten vgl.z.B. noch Maurach, § 28 I 3, S. 287 f., u. jetzt BGH (St) NJW 1963, 165, wo gefordert wird, daß der Einwilligende seinen Willen "unmißverständlich kundtut". Gemäß dem oben, § 8 I 1 u. 2, S. 76, 77, insbesondere Fußnote 13, Ausgeführten kann man sagen, daß die in der Erlaubnis liegende Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts den Erfolgsunwert, die Kenntnis des Täters davon den Handlungsunwert des Eingriffes ausschließt.

entspricht die zivilistische Konstruktion der Einwilligung als einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft[21].

Damit ist nun aber nicht gesagt, daß immer eine ausdrücklich formulierte Einwilligung vorliegen muß; es kann in einfach gelagerten Fällen ausreichen, wenn sie konkludent erklärt und dieses vom Eingreifenden wahrgenommen wird[22]. Bei schwierigeren Operationen wird man allerdings eine deutlichere Einwilligungserklärung fordern müssen. Sie dürfte sich schon im Rahmen des Gespräches zwischen Arzt und Patienten ergeben, in dem die erforderliche Aufklärung erteilt wird. Bei einer sehr gefährlichen Operation dürfte sogar ein ausdrückliches Verlangen des Patienten erforderlich sein, weil es sich dabei nur unter dieser Voraussetzung um ein erlaubtes Risiko handeln wird[23].

---

21) Vgl. hierzu noch Maurach, a.a.O.: "Die Rechtsgeschäftstheorie hatte aber gegenüber der Rechtshandlungstheorie den entscheidenden Vorzug, daß sie nur solche Fälle der Einwilligung rechtfertigte, in denen der Täter auf Grund einer i h m b e k a n n t e n Einwilligung handelte."

22) Bedenkt man demgegenüber, daß auch Vertreter der Willensrichtungstheorie betonen, irgendwie müsse die Willensentscheidung in Form einer Ausübungshandlung in Erscheinung treten (so Manigk, Rechtswirksames Verhalten, S. 510; ähnlich Mezger, Subjektive Unrechtselemente, GS 89, 278), so zeigt sich, daß der Streit wenig praktische Bedeutung hatte (so auch Traeger, GS 94, 136) und seine Ausdehnung in keinem Verhältnis dazu stand (so Noll, S. 134). Mit Recht betonte übrigens Traeger (a.a.O.), daß durch eine reine Willensrichtungstheorie dem Verletzten "ein dem Mißbrauch stark ausgesetztes Begnadigungsrecht" eingeräumt werden würde.

23) Vgl. Engisch, Ärztliche Operation, S. 14. Zu der Frage der Deutlichkeit oder Intensität der Einwilligungserklärung vgl. außer Engisch, a.a.O., schon Klee, GA 49, 247; weiter noch Schrey, S. 7, 12, 13, u. Geilen, S. 120 ff., der auch von diesem Ansatzpunkt aus bestreitet, daß es "die" Einwilligung als einheitliches Rechtsinstitut gebe. Unterschiedliche Formerfordernisse, auch wenn sie auf Wertentscheidungen beruhen, besagen jedoch nichts gegen die Existenz eines einheitlichen Institutes (vgl. z.B. Bürgschaftserklärung im BGB und im HGB).

III. Definition

Man kann nach alledem folgendermaßen definieren:

Die Einwilligung des Verletzten zu Eingriffen in seine körperliche Unversehrtheit ist eine Erlaubnis, d.h. eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die er einem anderen eine - jederzeit widerrufliche - Ausübungsmöglichkeit seines Rechts auf körperliche Unversehrtheit einräumt derart, daß der andere bestimmte Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit vornehmen darf. Auf Grund dieses Dürfens ist der Eingriff rechtmäßig.

Hinsichtlich zweier Wirksamkeitsvoraussetzungen scheint nun aber die als Rechtsgeschäft aufgefaßte Einwilligung des Verletzten von der der Praxis der Gerichte entsprechenden Einwilligung[24] abzuweichen. Sie scheint Geschäftsfähigkeit, d.h. Volljährigkeit des Einwilligenden als Wirksamkeitsvoraussetzung zu erfordern. Weiter kann ihre Unwirksamkeit bei Vorliegen von Willensmängeln - ist sie ein Rechtsgeschäft - offenbar nur im Wege der Anfechtung geltend gemacht werden, tritt also nicht ipso iure ein.

Diese beiden Gesichtspunkte sind die letzten bisher noch nicht behandelten wesentlichen Argumente[25], die von den

---

24) Vgl. oben § 6, S. 68 f.

25) Kein wirkliches Gegenargument liegt in der Feststellung, niemand könne völlig nach Willkür über seine Körperintegrität verfügen, die Grenzen der Wirksamkeit der Selbstbestimmung seien aber nicht aus der "Rechtsnatur" des Rechtsgeschäftes zu entwickeln (so etwa Geilen, vgl. z.B. S. 134 u.ö.). Daß auch im Gebiet des rechtsgeschäftlichen Handelns gegebenenfalls andere Ordnungsprinzipien außer der Privatautonomie eine Rolle spielen, ist anerkannt. (Vgl. hierzu Staudinger-Coing, Einleitung vor §§ 104 ff., Randnote 2 h mit 2 d). Dadurch läßt sich die Frage der Wirkungsgrenzen der Einwilligung als Rechtsgeschäft lösen. So ist § 138 BGB - ebenso wie § 226 a StGB - Ausdruck der Begrenzung durch sozialethische Bewertungen (vgl. auch Begründung zu § 152 StGB, E 1962, S. 286: "Die rechtfertigende Wirkung der Einwilligung hat hiernach ihre Grenze dort, wo das sozialethische Unwerturteil einsetzt."), die auch für die Einwilligung als Rechtsgeschäft zutrifft.

Gegnern der Rechtsgeschäftstheorie besonders hervorgehoben werden[26]. Hierauf ist in einem letzten Abschnitt einzugehen. Zuvor soll aber die Erlaubnis im öffentlichen Recht vergleichend betrachtet werden.

§ 11 Vergleich mit der öffentlich-rechtlichen Gebrauchserlaubnis

Die Richtigkeit unseres Ergebnisses wird durch eine "binnen-rechtsvergleichende" Betrachtung der öffentlich-rechtlichen Erlaubnis bestätigt[1]. Dabei wird von der Vergleichbarkeit von Verwaltungsakt und Rechtsgeschäft unter dem hier interessierenden Blickwinkel ausgegangen.

Auf den ersten Blick erscheinen Rechtsgeschäft und Verwaltungsakt zwar als recht verschiedene Institute. Immerhin hat die Tatsache, daß der Verwaltungsakt eine Willenserklärung enthält[2], zu der insbesondere früher nicht selten vertretenen Ansicht geführt, der Verwaltungsakt sei das Rechtsgeschäft des öffentlichen Rechts[3]; eine Ansicht, die heute nur noch mit Einschränkungen vertreten wird[4]. Diese Einschränkungen betreffen aber die Aspekte, die uns interessieren, gerade nicht; hier ist also ein Strukturvergleich möglich.

Die entscheidenden Unterschiede zeigt die Definition: Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Anordnung, Entscheidung oder sonstige Maßnahme, die von einer Verwaltungsbehörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts getroffen wird[5]. Ein erster Unterschied:: Das typische Ordnungsmittel ist hier nicht

---

26) Vgl. für die Altersgrenze schon Linckelmann, S. 81 (vgl. oben § 3 I 1, S. 19); für beides statt vieler besonders nachdrücklich Traeger, 146-147 (vgl. oben § 4 I 1, S. 58).

1) Zum Ausgangspunkt dieses Gedankens vgl. oben § 8 III, S. 86, auch Fußnote 53, 54 daselbst.

2) Vgl. v. Turegg-Kraus, 6. Kapitel, 2 b, S. 104, u. 7. Kapitel, 1, S. 124.

3) Nachweise bei v. Turegg-Kraus, 7. Kapitel, 1, S.124, Fußnote 6.

4) Vgl. Wolff, § 46, S. 260; weiter noch die Nachweise bei v. Turegg (3. Aufl.), 7. Kapitel, 1, Fußnote 5.

5) So die von der Wissenschaft entwickelte - vgl. Wolff, § 46 I, S. 261 - heute gesetzlich positivierte - vgl. z.B. Berliner VwVerfG, § 4 - Definition.

- wie im Privatrecht - der Vertrag, die Willensübereinstimmung zwischen den Beteiligten, sondern die einseitige Verfügung der Behörde[6]. Dieser Unterschied spielt für uns deshalb keine Rolle, weil die zivilrechtliche Erlaubnis gerade auch ein einseitiges Rechtsgeschäft ist.

Die weiteren Unterschiede: Es wird eine Behörde, d.h. ein Beamter im Interesse des Staates, der Gemeinde usw. tätig, nicht ein einzelner in Ausübung seiner Privatautonomie[7], und Verwaltungsakte unterstehen den Rechtssätzen des öffentlichen Rechts[8]. Sie spielen für einen so allgemeinen Strukturvergleich, wie wir ihn anstellen wollen, keine Rolle gegenüber der entscheidenden Parallele: Es wird durch eine Willenserklärung eine Rechtswirkung erzeugt, nämlich ein Rechtsverhältnis geschaffen, verändert usw [9]. Nur dies ist für uns von Bedeutung; die unterschiedliche Wirkung von Willensmängeln[10] - beispielsweise - spielt keine Rolle für unseren Vergleich.

Weiter ist nun diejenige Erlaubnisform herauszustellen, die der zivilrechtlichen am ehesten entspricht, denn auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts herrscht hier eine große Vielfalt. Es gibt da u.a.: Polizeierlaubnis, Dispens, Konzession, Sondernutzung, Gebrauchserlaubnis, Nutzungsverleihung, Genehmigung, Gestattung, Verstattung.

Auf der einen Seite kommt der große Bereich der P o l i z e i e r l a u b n i s s e - oder heute: Erlaubnisse überhaupt - nicht in Betracht. Hier handelt es sich um Maßnahmen zum Zwecke der Überwachung gewisser Tätigkeiten; die Erlaubnis stellt die allgemeine Handlungsfreiheit des

---

6) Vgl. auch Esser, Einführung, § 71 a.E., S. 150.
7) Vgl. Esser, a.a.O.
8) Wolff, § 46, S. 260.
9) Die wenig bedeutsame Frage, ob der Verwaltungsakt ein Rechtsverhältnis "ist" oder "erzeugt" - vgl. v.Turegg-Kraus, 6. Kapitel, 2 c, S. 107, u. 7. Kapitel, 1, S. 124, 125, insbesondere Fußnote 8 -, kann hier dahinstehen; wesentlich sind jedenfalls die vom Verwaltungsakt ausgehenden Rechtswirkungen (vgl. dazu v. Turegg-Kraus, 7. Kapitel, 1, S. 126). - Vgl. zur Parallele noch Esser, Einführung, § 71 a.E u. § 72, S. 150, wo darauf hingewiesen wird, daß die gleiche "Zuständigkeit" zur rechtlichen Regelung, wie sie im öffentlichen Recht dem Beamten eingeräumt sei, im Privatrecht durch die Figur des subjektiven Rechts ausgedrückt werde.
10) Vgl. hierzu Kimminich, JuS 1963, 270 oben.

Bürgers wieder her, die durch das erlassene - präventive - Verbot mit Erlaubnisvorbehalt beeinträchtigt wird. Durch d i e s e Erlaubnis wird dem Bürger somit keine neue, zusätzliche Befugnis eingeräumt, vielmehr wird eine Beschränkung seines allgemeinen Freiheitsrechtes aufgehoben, die Ausübung einer - vorbehaltlich der Überwachung - erlaubten Tätigkeit freigegeben[11].

Sozusagen am entgegengesetzten Ende der Skala steht die echte K o n z e s s i o n . Hier wird dem Empfänger ein subjektives öffentliches Recht übertragen, das in der natürlichen Freiheit nicht enthalten ist; aber nicht nur einfach das, sondern es handelt sich hier um die Verleihung der Befugnis zur Ausübung von Hoheitsrechten[12]. Auch das ist somit kein geeignetes Vergleichsobjekt.

Zwischen diesen Extremen liegt nun u.a. ein Institut, auf das uns schon eine Namensähnlichkeit hinweist. Wir haben festgestellt, daß die Einwilligung des Verletzten eine Überlassung der Ausübungsmöglichkeit darstellt - im Falle der Gestattung auch G e b r a u c h s ü b e r l a s s u n g genannt. Das führt uns zur G e b r a u c h s e r l a u b n i s , die sich als strukturverwandtes Institut erweist.

Es handelt sich hier um eine Form der Zulassung einer besonderen Benutzung öffentlicher Sachen[13]. An diesen besteht im Rahmen ihrer Zweckbestimmung häufig Gemeingebrauch. Das ist ein Bestandteil der persönlichen Freiheit, er kann von jedermann ohne besondere Zulassung ausgeübt werden[14].

---

11) Vgl. Otto Mayer, Bd. I, § 22, insbesondere S. 240, 244; BGH AöR 78, 102 (104).

12) Z.B. Betrieb von Privateisenbahnen, Energie-, Wasser- oder Gasversorgungsunternehmen; vgl. v. Turegg-Kraus, 32. Kapitel, 5 b, S. 483; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 693.

13) Vgl. allgemein Otto Mayer, Bd. II, § 38, S. 89 ff., u. Wolff, § 59, S. 357 ff.

14) Otto Mayer, a.a.O.; Wolff, § 58 II, S. 351 ; auch im öffentlichen Recht ist der Begriff des subjektiven Rechts umstritten; er wird teilweise weiter gefaßt als früher; das hat u.a. zur Folge, daß der Gemeingebrauch heute in steigendem Maße als subjektives Recht betrachtet wird, vgl. Wolff, a.a.O., u. Franz Mayer/ Jesch in JuS 1963, 205 ff.

Der Sachherr[15] kann aber dem einzelnen eine über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung der öffentlichen Sache erlauben. Diese S o n d e r n u t z u n g[16] tritt in zwei Formen auf: als schlichter und als gesteigerter Sondergebrauch[17]. Im zweiten Fall spricht man von N u t z u n g s v e r l e i h u n g oder Verleihung eines Sondernutzungsrechtes. Dies ist die angemessene rechtliche Form in Fällen, in denen eine besondere intensive Einwirkung erforderlich ist und dem Empfänger daher eine gesicherte Position eingeräumt werden muß: so z.B. bei der Verlegung von Schienen oder Röhren im öffentlichen Straßenkörper durch Verkehrs- und Versorgungsunternehmen. Hier wird ein volles subjektives öffentliches Recht eingeräumt[18]. Auch dieser Fall interessiert uns daher nicht.

Gegenstand der G e b r a u c h s e r l a u b n i s ist die Gestattung schlichten Sondergebrauchs. Das ist die jederzeit widerrufliche Erlaubnis - beispielsweise - zum Aufstellen eines Zeitungs- oder anderweitigen Verkaufskioskes oder von Café-Stühlen und -Tischen oder zur Veranstaltung von Umzügen auf einer öffentlichen Straße, weiter etwa die Gestattung des Weidenlassens von Tieren auf einem Friedhof oder des Schneidens von Schilf in und der Entnahme von Sand, Kies und Schlamm aus einem Flußlauf[19] [20].

---

15) Der Sachherr muß nicht zugleich privatrechtlicher Eigentümer sein - so können beide Positionen z.B. bei Wegen und Straßen auseinanderfallen -, wird es aber häufig sein (so insbesondere bei Friedhöfen, Wasserläufen, Meeresstrand usw.).

16) Vgl. hierzu auch § 10 Berliner Straßengesetz v. 11.7.1957 (GVBl. S. 743).

17) Vgl. Wolff, § 59, S. 357 ff.

18) Wolff, § 59 III,S.361 ff.(mit aus neuester Zeit stammenden Einschränkungen, die hier nicht interessieren); Otto Mayer, Bd. II, § 38, S. 89.

19) Vgl. Wolff, § 59 II,S.358 , u. Otto Mayer, Bd. II, § 38 I, S. 90 f.

20) Daneben kann bei vorhandensein eines privaten Eigentümers (vgl. Fußnote 15) a u c h dessen privatrechtliche Zustimmung erforderlich sein (vgl. § 10 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 Berliner Straßengesetz). Hier kann die oben (§ 8 VI 2, S. 111) erwähnte Ermächtigung in Form einer Gestattung in Betracht kommen.

Diese Gebrauchserlaubnis ist nun Ausfluß des Rechts des Herrn der öffentlichen Sache; sie ist eine Erweiterung der allgemeinen Freiheit des Empfängers, eine - wie eben erwähnt - jederzeit widerrufliche Gewährung der rechtlichen Möglichkeit, sich der Sache auf eine nicht schon im Gemeingebrauch gegebene Weise z u bedienen, ohne daß ein entsprechendes Recht a n ihr begründet würde [21]. Auf sie besteht und sie verschafft kein volles subjektives öffentliches Recht, sondern sie gibt nur einen "öffentlich-rechtlichen Besitzstand", i.d.R. eine "Verstattung" [22], begründet ein "rechtlich geschütztes Interesse" [23]. Man kann hier höchstens von einem "beschränkten subjektiven öffentlichen Recht" sprechen [24]. Ausnahmsweise kann und darf der Erlaubnisempfänger nun Handlungen vornehmen, die ihm sonst verboten wären.

---

21) Vgl. Otto Mayer, Bd. II, § 38, S. 89.

22) Vgl. Wolff, § 59 II b (S. 359), § 43 III c (S. 241), § 48 II b (S. 282). Innerhalb des verwaltungsrechtlichen Besitzstandes unterscheidet Wolff, a.a.O., zwischen Gestattung und Verstattung; letztere unterscheidet sich danach von der ersten durch freie Widerruflichkeit.

23) Vgl. VGH Stuttgart, VerwRspr. 6, 569 (575). Hier und öfter (z.B. bei Wolff, § 59 II b, S. 358 durch Verweis auf § 48 II b) wird die Gebrauchserlaubnis einer Ausnahmebewilligung gleichgesetzt. Letztere ist eine - oben S. 128 zur Vereinfachung nicht erwähnte - Sonderform der Polizeierlaubnis: dort, wo nicht lediglich ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, sondern ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt vorliegt (vgl. Huber, AöR 78, 113). Da sie eine weniger instruktive Parallele zur Einwilligung des Verletzten ist als die eigentliche Gebrauchserlaubnis und wieder eigene Probleme bietet, wird auf sie hier nicht eingegangen.

24) Wolff führt aus, man müsse Berechtigungen verschiedenen Intensitätsgrades unterscheiden, die alle Ausdruck eine s rechtlich geschützen Interessesseien und die man als subjektive öffentliche Rechte i.w.S. bezeichnen könne. Hierher rechnet er: a) die Destination, b) den verwaltungsrechtlichen B e s i t z s t a n d - beide faßt er in einer Gruppe als beschränkte subjektive öffentliche Rechte zusammen - und c) das volle subjektive öffentliche Recht oder subjektive öffentliche Recht i.e.S. (Wolff, § 43 I c und III, S. 235 ff. u. 240 ff.). Hinter diesen Erwägungen - und entsprechenden bei anderen Autoren - steht das Bemühen, angesichts von Art. 19 Abs. 4 GG immer mehr Dinge als "Rechte" i.S. dieser Vorschrift zu erfassen. Vgl. hierzu noch statt vieler Jesch, JuS 1963, 213, wo ein -subjektiv-öffentliches - Recht zum Atmen und zum Spazierengehen bejaht wird! (Ausdrücklich gegen solche Rechte - jedenfalls im Privatrecht - noch Esser, Einführung, S. 155.).

Diese Position des Erlaubnisempfängers entspricht derjenigen des Einwilligungsempfängers: das rechtlich geschützte Interesse, der öffentlich-rechtliche Besitzstand, das beschränkte öffentliche Recht i.w.S. dem "Recht" z u m Eingriff: dem Dürfen. Auch hier handelt es sich um eine Zwischenposition zwischen echtem subjektiven Recht - jedenfalls im engen, ursprünglichen Sinne[25] - und einem bloßen Rechtsreflex.

Die Einräumung dieser Position wird aber gleichwohl als - begünstigender - Verwaltungsakt angesehen[26], denn ihre Begründung stellt eine Rechtswirkung dar.

Diese Beurteilung der Gebrauchserlaubnis im öffentlichen Recht gibt somit eine zusätzliche Bestätigung für die oben entwickelte Konstruktion, nach der die Einwilligung des Verletzten deswegen ein Rechtsgeschäft ist, weil durch sie gewollt ein Dürfen im näher dargelegten Sinne eingeräumt wird.

---

25) Dehnt man den Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts aus, wie es u.a. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 683 ff., tut, so kommt man mit ihm zu dem Ergebnis: Das subjektive öffentliche Recht bildet heute die Regel, der Rechtsreflex die Ausnahme. Von da aus läßt sich sagen: "Die Flucht in unbestimmte Zwischenkonstruktionen ist angesichts der klaren Alternative, die hier besteht, sinnlos geworden." (Huber, a.a.O., S. 685.) Das widerspricht allerdings Wolffs Ansicht von den "Berechtigungen verschiedenen Intensitätsgrades" (vgl. vorige Anm.) - sofern man nicht in seinem Begriff des subjektiven Rechts i m w e i t e r e n S i n n e einen Brückenschlag sieht. Dieser - z.T. terminologische - Streit im öffentlichen Recht muß hier dahinstehen; im Zivilrecht ist das "Dürfen" jedenfalls nicht dem (hier nicht von Art. 19 Abs. 4 GG her beeinflußten) Begriff des subjektiven Rechts im hergebrachten Sinne einordenbar; im übrigen ist es nicht "unbestimmt".

26) VGH Stuttgart, VerwRspr. 6, 569 (572); Forsthoff, § 13 2, S. 244 (wo allerdings fälschlich Polizeierlaubnis und Gebrauchserlaubnis völlig gleichgesetzt werden); Wolff, § 48 II a, S. 280; weiter offensichtlich schon Stier-Somlo, HdR Bd. III, S. 715 ff. (717, 718); a.A. teilweise noch Otto Mayer, Bd. II, § 38 II, S. 92, ohne besondere Begründung.

3. Teil: Einwilligungsfähigkeit, Willensmängel

Die beiden wesentlichen Fragen, um die es hier geht - Altersgrenze, Vorliegen der "Einwilligungsfähigkeit" und Freiheit der Einwilligung von Willensmängeln sowie die Folgen des Fehlens dieser beiden Erfordernisse -, betreffen nicht den Tatbestand der Einwilligung des Verletzten, berühren also nicht die Frage ihrer Rechtsnatur, sondern es handelt sich hierbei lediglich um Wirksamkeitsvoraussetzungen[1].

In diesem Bereich gewinnt die methodische Überlegung Gewicht, daß die Einordnung eines bestimmten Vorganges unter ein Rechtsinstitut noch nicht zwingend die Bejahung der Anwendbarkeit aller für dieses Institut im Gesetz gegebenen Vorschriften nach sich zieht. Es ist vielmehr jeweils unter Berücksichtigung der Interessenlage ihre Brauchbarkeit zu prüfen. Ist sie zu verneinen, so spricht das gegen Anwendung dieser Regeln - hier also derjenigen über die Geschäftsfähigkeit und die Anfechtung -, nicht aber gegen die vorgenommene Subsumtion[2].

§ 12 Die Einwilligungsfähigkeit

Mit der Frage nach der "Einwilligungsfähigkeit" ist - meist in erster Linie, hier ausschließlich - das Problem der Bestimmung der Altersgrenze gemeint, von der ab eine Einwilligung des Verletzten wirksam erteilt werden kann. Die in diesen Bereich gehörende Frage, wann n a c h

1) So ausdrücklich für beides Manigk, Rechtswirksames Verhalten, S. 120 u.ö.; vgl. allgemein hierzu noch Enneccerus-Nipperdey, § 136 I, S. 859.

2) Abzulehnen demgemäß Zitelmanns Ansicht, habe man die Einwilligung als Rechtsgeschäft erkannt, so müsse man sie folgeweise auch nach allen Richtungen hin den für das Rechtsgeschäft geltenden Grundsätzen unterstellen, insbesondere auch verlangen, daß sie allen Erfordernissen entspreche, die das Gesetz für das Rechtsgeschäft aufstelle (Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99, 48, 61). Mit Recht dagegen, derartig scharfe Folgerungen aus einer begrifflichen Einordnung zu ziehen: Staudinger-Coing, Einleitung vor §§ 104 ff., Randnoten 2c,d,h; vgl. auch schon Fischer, S. 277: "... daß zwar an der rechtsgeschäftlichen Natur der Einwilligung festgehalten werden muß, sie aber nicht schablonenmäßig nach den gewöhnlichen Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit behandelt werden darf."

Erreichen dieser Grenze im Einzelfall die Einwilligungsfähigkeit ausgeschlossen ist, stellt kein Problem der Einwilligung des M i n d e r j ä h r i g e n dar und ist daher hier nicht zu behandeln.

I. Die Interessenabwägung

Zur Ermittlung dieser Grenze und damit zur Lösung der umstrittenen Frage der Einwilligungsfähigkeit ist eine wertende Abwägung der widerstreitenden Interessen erforderlich[1]. Sollte die dem Ergebnis angemessene Lösung nicht mit den Regelungen des BGB übereinstimmen, so ist zu untersuchen, ob insoweit eine Gesetzeslücke vorliegt, die entsprechend den hier entwickelten Gedanken zu füllen wäre. Allgemein ist zu bemerken, daß gerade für das Auffinden solcher Fälle sowie richtiger Lösungen beim Füllen von Lücken eine Interessenabwägung von besonderer Bedeutung ist[2].

1. Entscheidendes Gewicht kommt bei dieser Abwägung dem Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen zu. Würde und Selbstbestimmungsrecht auch des Kindes sind achtenswert; das entspricht heute insbesondere dem Menschenbild des Grundgesetzes (vor allem Artikel 1 und 2)[3]. In dem Maße, wie das naturgegebene Selbstbestimmungsrecht sich mit dem reifenden Kinde entwickelt, ist seine Anerkennung durch die Rechtsgemeinschaft geboten[4]. Dies ist in besonders starkem Maße im höchstpersönlichen Bereiche der Fall. Mögen auch im Vermögensrecht starrere Regelungen für die Anerkennung dieses Rechts in Form der Regeln über die Geschäftsfähigkeit tragbar sein: Für die Anerkennung von Entscheidungen des Minderjährigen auf höchstpersönlichem Gebiet - und hierher gehört die Einwilligung zu Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit - sind subtilere Differenzierungen erforderlich[5]. Daß die Ent-

1) Vgl. hierzu noch Raiser, NJW 1964, 1207: Fortschritt von der Interessen- zur Wertungsjurisprudenz.
2) Vgl. Heck, Schuldrecht, S. 472,473.
3) Vgl. Hildegard Krüger, Einleitung, Randnote 279; vgl. hierzu u.zu dem folgenden die Wiedergaben oben § 3 I 5, S. 32 ff.
4) Vgl. hierzu auch OLG Koblenz, NJW 1958, 951.
5) Vgl. Maunz-Dürig Art. 2 Abs. I, Randnote 59, Fußnote 1, u. Art. 2 Abs. II, Ramdnote 37 ("Wünschenswert" - "zu begrüßen"); vgl. weiter Boehmer, Teilmündigkeit, MdR 1959, 705 (707) und Bosch, FamRZ 1959, 202 (203).

wicklung in diese Richtung geht, zeigt eine Reihe von Vorschriften im Zivilrecht und auf anderen Rechtsgebieten über die Selbstbestimmung des Minderjährigen vor allem in höchstpersönlichen Lebensfragen. So kann beispielsweise ein Jugendlicher vom vierzehnten Lebensjahr ab nicht ohne seinen Willen für ehelich erklärt (§ 1728 BGB) oder adoptiert (§ 1751 Abs. 2 BGB) werden, er kann allein über seine Religionszugehörigkeit bestimmen (§ 5 RelKErzG) u.v.a.m.[6].

Demgegenüber ist die Bedeutung einer Reihe von anderen Interessen zu prüfen.

2. Hier ist in erster Linie an den Schutz des Minderjährigen selbst vor den Auswirkungen eigener Handlungen und Entscheidungen, die auf mangelnder Reife beruhen, zu denken. Diesem Gesichtspunkt wird aber zur Genüge Rechnung getragen, wenn man eine Lösung findet, die es gestattet, in flexibler Weise möglichst genau auf das jeweilige Erreichen des für die Entscheidung erforderlichen Reifegrades abzustellen. Anerkennt man nämlich eine Handlung eines Minderjährigen schon dann, aber auch erst dann, wenn er die dafür erforderliche Reife besitzt, so ist mit der Bejahung dieses Reifegrades zugleich festgestellt, daß der Minderjährige insoweit eines Schutzes vor sich selbst nicht bedarf.

3. Ein weiteres widerstreitendes Interesse soll die elterliche Gewalt (§ 1626 ff. BGB) sein. So führt beispielsweise Bosch aus[7], der Bundesgerichtshof sei dabei, in Entfaltung der sogenannten "Grundrechtsmündigkeit"[8] die elterliche Gewalt "auszuhöhlen". Auch hier liegt aber bei richtiger Betrachtung kein Interessenkonflikt vor.

In unserem Fall geht es insbesondere um das Personensorgerecht (§ 1626 Abs. 2 BGB), denn die Erteilung der Einwilligung zum Eingriff in die körperliche Unversehrtheit

---

6) Vgl. die ausführlichen Nachweise bei Hildegard Krüger, Einleitung, Randnote 283.
7) FamRZ 1959, 202 (203) in der Anm.zu BGH FamRZ 1959, 200 (Grundsatzentscheidung).
8) Dieser Begriff stammt von Hildegard Krüger, vgl. Einleitung, Randnote 284; erstmals FamRZ 1956,329; vgl. auch Linckelmann,S.81: "Einwilligungsmündigkeit"; Boehmer, MDR 1959, 705: "Teilmündigkeit".

an Stelle eines noch nicht einwilligungsfähigen Kindes ist grundsätzlich Sache des Personensorgeberechtigten[9].

Bei diesem Recht, wie bei der elterlichen Gewalt überhaupt, handelt es sich um ein eigentümliches Rechtsverhältnis. Die elterliche Gewalt ist zwar ein absolutes Recht. Sie ist aber kein freies, eigennütziges Herrschaftsrecht, sondern ein im Interesse der Entwicklung des Kindes zu einer selbständigen Persönlichkeit geregelter Komplex von Rechten und Pflichten[10]. Daß insbesondere in Anbetracht des Pflichtanteils der Begriff "elterliche Gewalt" nicht recht für dieses elterliche Sorge- oder Fürsorgeverhältnis paßt, zeigt jetzt vor allem Artikel 6 Absatz 2 des Grundgesetzes, wo es heißt: "Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die z u v ö r d e r s t ihnen obliegende P f l i c h t."[11] Es handelt sich bei den entsprechenden Familienrechten der Eltern um Korrelate der im Vordergrund stehenden Pflichten; sie sind nur zur Verstärkung der Pflichterfüllung verliehen. Man nennt sie daher auch Pflicht- oder Sozialrechte[12]. Aus dieser Struktur ergibt sich, daß in dem Maße, in dem der Minderjährige in die Fähigkeit zur Selbstbestimmung und Selbstverantwortung hineinwächst, die Grundlage dieser Rechte entfällt. Bejaht man die Reife des Minderjährigen zur Einwilligung zu Eingriffen in seinen höchstpersönlichen Bereich, so ist damit wiederum zugleich festgestellt, daß insoweit keine Basis des Personensorgerechtes mehr besteht. Die Personensorgeberechtigten haben ihre Befugnisse nur, um die noch fehlenden Fähigkeiten[13] des Kindes zu ersetzen. Sind diese Fähig-

9) Vgl. z.B. Engisch, Ärztliche Operation, S. 15; E 1962 StGB, Begründung, S.287; vgl. auch BGH NJW 1959, 811 (Grundsatzentscheidung).
10) So Beitzke, § 22 I (5. Aufl.).
11) Vgl. hierzu auch Hildegard Krüger, Einleitung, Randnote 278.
12) Vgl. Boehmer, Einführung, § 31 I; § 16 III 2 b: "altruistisches Pflichtrecht"; weiter Enneccerus-Nipperdey, § 78 II 1, insbesondere Fußnote 7,S.454.
13) Hildegard Krüger spricht - im Anschluß an Müller-Freienfels - von "ruhender Zuständigkeit" des Kindes, Einleitung, Randnote 298.

keiten erwacht, besteht grundsätzlich kein Anlaß mehr dafür, sie durch andere als den Minderjährigen selbst ausüben zu lassen. Dem inneren Gehalt des Personensorgerechtes nach kann es hier zu keinem Konflikt kommen[14].

4. Eine praktische Frage ist es jedoch, ob man dieser Interessenlage in einer zu entwickelnden Lösung durch eine gleitende Grenze Rechnung trägt, oder ob man auch hier mit einer festen, nur tieferliegenden Grenze arbeitet[15]. An dieser Stelle zeigt sich ein letztes Interesse, das gegenüber dem Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen in Betracht kommt: das Interesse derjenigen, die dem Minderjährigen gegenübertreten, an klaren Verhältnissen, d.h. hier an festen Anhaltspunkten für die Wirksamkeit der Handlungen des Jugendlichen, kurz, das Verkehrsinteresse; letztlich also ein Gesichtspunkt der Rechtssicherheit.

Generell muß man sagen, daß der Rang der Rechtssicherheit dem der Gerechtigkeit entspricht[16]. Es ist daher nicht immer möglich, jeweils erst im Einzelfall die "gerechte" Lösung zu suchen. Gerade die Handlungsfähigkeit im allgemeinen, also die Geschäftsfähigkeit, kann nicht unmittelbar vom Reifegrad des Individuums abhängen, sondern muß sich im Interesse der Verkehrssicherheit an äußere Tatsachen, zweckmäßigerweise an Altersgrenzen anschließen[17].

Das ist auf dem Gebiet der Vermögensrechte unbedenklich. Eine Verschiebung der Interessenlage ergibt sich aber im Bereich höchstpersönlicher Rechte; hier ist - wie schon angedeutet[18] - dem Selbstbestimmungsrecht stärkere Bedeutung beizumessen als dem Verkehrsinteresse; die starre

14) So auch Boehmer, Teilmündigkeit, MDR 1959, 705(707): "Hält man den Minderjährigen für fähig, selbst über dieses höchstpersönliche Gut zu bestimmen, so ist er insoweit der elterlichen Gewalt überhoben ..."; ähnlich schon Honig, S.170: "... mit der Einsicht des Minderjährigen weicht die Stellvertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters." Entsprechend offensichtlich BGB-RGRK, § 106, Anm.2; vgl. weiter noch Lenckner, ZStW, 462.
15) Vgl. Hildegard Krüger, Einleitung, Randnote 299.
16) Vgl. Radbruch, S. 168 ff.
17) Enneccerus-Nipperdey, § 90 I, S.522; Lehmann, Allgemeiner Teil, § 57 II, S. 389.
18) Oben unter 1., S. 134 f.

Standardisierung der allgemeinen Geschäftsfähigkeitsregelung muß hier zumindest einer differenzierten Lösung weichen[19]. Wie diese im einzelnen aussehen sollte, ist nun zu prüfen. Dabei muß zunächst festgestellt werden, auf welchem Wege eine von der starren Volljährigkeitsgrenze der §§ 2, 104 BGB abweichende Lösung zu finden ist.

II. Unbrauchbarkeit der BGB-Vorschriften

Aus dem bürgerlichen Gesetzbuch läßt sich solche Lösung nicht entnehmen.

1. Sie läßt sich nicht mit Hilfe des § 107 BGB erreichen. Nach dieser Vorschrift bedarf ein Minderjähriger zu einer Willenserklärung der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters, sofern er nicht durch sie lediglich einen r e c h t l i c h e n V o r t e i l erlangt. Aller-

19) So auch Schönke-Schröder, Vorbemerkung zu § 51, III 7 b β; weiter wieder hier statt vieler Boehmer, Teilmündigkeit, MDR 1959, 705 (707). Gleichwohl äußert Boehmer Bedenken: Er führt aus, daß bei wirksamer Einwilligung eines Minderjährigen ohne weitere Beteiligung des gesetzlichen Vertreters ein A r z t v e r t r a g fehle oder zumindest schwebend unwirksam sei: Die rechtfertigende Wirkung der Einwilligung des M i n d e r j ä h r i g e n müsse aber zur Folge haben, daß die Tätigkeit des Arztes zugleich eine rechtmäßige, auftragslose Geschäftsführung sei. Das führe nun zu einem "peinlichen Konflikt". Denn sonst werde bei der Geschäftsführung ohne Auftrag in Literatur und Judikatur einmütig die Rechtmäßigkeit einer Geschäftsführung für einen Minderjährigen davon abhängig gemacht, daß die Übernahme dem mutmaßlichen Willen s e i n e s g e s e t z l i c h e n V e r t r e t e r s entspreche (m.w.Nachw.). Ich sehe keinen solchen Konflikt. Der hier neu entwickelten Lösung, daß die Einwilligung des Verletzten ein Rechtsgeschäft ist und daß auch Minderjährige gegebenenfalls schon wirksam solche Rechtsgeschäfte im höchstpersönlichen Bereich vornehmen können, muß eben insoweit eine Umorientierung der entsprechenden Gedanken für die Geschäftsführung ohne Auftrag folgen: In diesem Bereich ist gleichfalls auf den Willen des Minderjährigen abzustellen. Daß schließlich neben dem wirksam in die O p e r a t i o n einwilligenden Minderjährigen für den wirksamen Abschluß des K r a n k e n h a u s v e r t r a g e s doch sein Vertreter mitwirken muß, ist nicht zu leugnen, aber ebenfalls kein Argument gegen unsere Lösung.

dings kann man nach dem oben - über das subjektive Recht auf körperliche Unversehrtheit[20] und die in der Einwilligung liegende Verfügung über dieses Recht[21] - Ausgeführten nicht mehr sagen, daß im Bereich von Verfügungen über die körperliche Integrität der Gesichtspunkt des r e c h t l i c h e n Vorteils gar nicht eingreife[22]. Aber die Einwilligungserklärung bringt nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil. Dabei sei einmal abgesehen von w e i t e r e n Folgen der Einwilligung - Verlust sonst eventuell gegebener Schadensersatzansprüche -, weil deren Bedeutung für die Frage, ob ein rechtlicher Vorteil vorliegt oder nicht, zweifelhaft sein könnte. Schon die unmittelbare Rechtsfolge - Einräumung eines Rechtes zum Eingriff - kann nicht als "lediglich rechtlich vorteilhaft" angesehen werden[23].

Eine vereinzelt versuchte Auslegung des § 107 BGB dahin, daß sinngemäß alle Willenserklärungen zustimmungsfrei seien, die k e i n e n r e c h t l i c h e n N a c h t e i l brächten[24], hat sich nicht durchgesetzt[25]. Die zweifelhafte Frage, ob wenigstens auf diese

---

20) Vgl. oben § 8 IV 1, S. 88 ff.
21) Vgl. oben § 10 I, S. 120 ff.
22) Mit diesem Argument lehnte früher Planck die Anwendbarkeit des § 107 BGB auf unseren Fall ab (Bd. I, § 107, Anm. I 4).
23) So auch Enneccerus-Nipperdey, § 151 II 1 e, S. 933. Genau genommen entgeht danach auch die Rechtshandlungstheorie der Geschäftsfähigkeitsgrenze nicht. Die Einwilligung des Verletzten gehörte nach dieser Theorie doch wohl zu den geschäftsähnlichen Handlungen, die weitgehend nach Analogie der Willenserklärungen zu behandeln sind (Enneccerus-Nipperdey, § 137 IV 2 a, S. 865, 866). Auch § 107 fände sonach analoge Anwendung. Die vom BGH in der Grundsatzentscheidung (NJW 1959, 811) aufgestellte Behauptung, nach dem Sinn des Gesetzes (Minderjährigenschutz) sei gleichwohl insoweit - Geschäftsfähigkeitsregeln - bei reifen Jugendlichen eine Analogie nicht geboten, ist in dieser Form unrichtig (so auch Enneccerus-Nipperdey, § 151 II 1 e, S. 933, Fußnote 11). Sie deckt das hier behandelte Problem zu: die gebotene Differenzierung zwischen höchstpersönlichen und anderen Geschäften. Weiter ist das zu berücksichtigende Gegeninteresse hier entgegen der Ansicht des BGH - wie ausgeführt - gar nicht der Minderjährigenschutz, sondern die Rechtssicherheit, das Verkehrsinteresse. Ähnlich auch Hansen, S. 72.
24) Vgl. v. Tuhr, Bd. II 1, § 59 IV, S. 341.
25) Vgl. die eindeutige Kommentierung der Vorschrift z.B. bei Palandt-Danckelmann, § 107, Anm. 2; BGB-RGRK, § 107, Anm. 2.

Weise die Einwilligung des Verletzten unter die Ausnahmen des § 107 BGB fiele, kann deshalb dahinstehen.

Im übrigen wäre eine Lösung über § 107 BGB ebenfalls zu undifferenziert: Die Vorschrift gilt für Minderjährige vom vollendeten siebten Lebensjahr ab[26]. Diese unbedingte Altersgrenze wäre für unsere Fälle zweifellos zu niedrig.

2. Ebensowenig läßt sich aus dem Gesetz eine "partielle Geschäftsfähigkeit" für höchstpersönliche Geschäfte des Minderjährigen herleiten. Das hatte früher einmal das Kammergericht versucht. In einer Entscheidung, die die Mitwirkung eines Minderjährigen an einem Vereinsbeschluß betraf[27], führte es aus, die in den §§ 106 ff. BGB ausgesprochenen Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit Minderjähriger bezögen sich grundsätzlich nur auf vermögensrechtliche Rechtsgeschäfte, die der Minderjährige in eigenen Angelegenheiten vornehme. Demnach fielen nichtvermögensrechtliche Geschäfte nicht unter diese Beschränkungen[28].

Diese Ausfuhrungen sind unzutreffend. Insbesondere ergibt der Wortlaut des § 107 BGB nicht, daß es sich bei den dort genannten Willenserklärungen Minderjähriger nur um solche in Vermögensangelegenheiten handelt. Dagegen zeigt gerade die Stellung dieser Vorschrift im Abschnitt über Rechtsgeschäfte und damit im Allgemeinen Teil des bürgerlichen Gesetzbuches, daß die Bestimmungen über die Geschäftsfähigkeit ganz generell und nicht nur für vermögensrechtliche Willenserklärungen gelten sollen, andernfalls hätten sie ins Schuldrecht gehört[29].

---

26) Palandt-Danckelmann, § 106, Anm. 1.
27) KG OLGE 15, 324 (Entscheidung aus dem Jahre 1906).
28) Ähnliches meint offenbar Fischer, wenn er in dem entsprechenden Zusammenhang bemerkt: "... da wir durch positive gesetzliche Bestimmungen nicht bevormundet sind." (S. 277); so etwa auch Kiehl, S. 387, 388 (vgl. oben § 4 I 1, S. 55).
29) So auch Braun, NJW 1962, 92 m.w.Nachw. (Materialien).

Eine "partielle Geschäftsfähigkeit"[30] Minderjähriger auf vermögensrechtlichem Gebiet ist ausdrücklich im Gesetz nur für Lehr- und Arbeitsverhältnisse vorgesehen (§§ 112, 113 BGB). Hinter der Entscheidung des Kammergerichts steht aber die richtige Empfindung, daß es solcher partieller Geschäftsfähigkeit auch auf anderen Gebieten bedarf. Das trifft insbesondere für den Bereich höchstpersönlicher Entscheidungen zu.

Es ist daher zu prüfen, ob hier eine auszufüllende Gesetzeslücke vorliegt.

III. Vom Gesetzestext abweichende Lösung

Für die Entwicklung der richtigen Lösung sind deshalb der Lückenbegriff und die Methoden der Lückenausfüllung von Bedeutung[31].

Auszugehen ist von folgender Definition: "Lücken sind Mängel des positiven Rechts, die als Fehlen positiver Regelungsinhalte dort, wo sie für bestimmte Sachinhalte erwartet sind, spürbar werden und die Behebung durch eine rechtsergänzende richterliche Entscheidung fordern und zulassen[32]".

1. Um zu ermitteln, ob es sich um eine Lücke handelt, die von der Rechtsprechung ausgefüllt werden darf, muß man zwischen p l a n m ä ß i g e n und p l a n w i d r i g e n Unvollständigkeiten unterscheiden. Erstere liegen vor, wenn etwas b e w u ß t und absichtlich nicht geregelt worden ist, also als nichtgeregelt gewollt war, letztere, wenn eine Regelung ohne solche Absicht fehlt. Nur in Fällen, die zu dieser zweiten Gruppe zählen, ist richterliche Rechtsergänzung zulässig.

Die Frage, ob es sich nun in einem bestimmten Fall um eine "planwidrige" - also ausfüllbare - Lücke handelt, ist ein Auslegungsproblem. Es ist in den Fällen leicht

30) Diesen häufig benutzten Ausdruck verwendet beispielsweise Boehmer, Einführung, § 16 IV 2.

31) Es handelt sich dabei um Fragen der Auslegungslehre; die Literatur dazu ist fast unübersehbar; vgl. hier statt aller Engisch, Juristisches Denken, S. 134 ff., insbes. Anm. 153 ff. (S.225 ff.) und schon Anm. 57 (S. 200 ff.).

32) Engisch, a.a.O., S. 136, 137.

zu lösen, in denen sich aus den Gesetzesmaterialien ergibt, daß der Gesetzgeber zwar absichtlich eine Frage "offengelassen" hat, aber nicht weil er sie nicht regeln wollte, sondern weil er sie nicht regeln konnte und ihre Entscheidung daher der "Wissenschaft und Praxis anheimgegeben" hat. Um eine solche g e w o l l t e planwidrige Lücke handelt es sich hier nicht.

In die Gruppe der planwidrigen Lücken gehören aber weiter insbesondere diejenigen Fälle, in denen die Lücke - im oben definierten Sinne - auf dem Fehlen von Ausnahmevorschriften bei Vorhandensein einer generellen Vorschrift beruht; hier spricht man auch von " v e r d e c k t e n L ü c k e n "[33]. Bei ihnen ist meist die Regelungsbedürftigkeit des Sonderfalles übersehen[34]. So ist es auch hier: Die vermeintlich allumfassende Regelung der Geschäftsfähigkeit verhüllt zunächst das Fehlen einer Sonderregelung für das Gebiet höchstpersönlicher Geschäfte. Die Materialien zum BGB schweigen fast völlig zu dieser Frage. Ansatzpunkte enthalten nur die Begründungen zweier abgelehnter Anträge.

Einmal handelt es sich dabei um den Antrag, die Altersgrenze zwischen Geschäftsunfähigkeit und beschränkter Geschäftsfähigkeit fallen zu lassen. In der Begründung wird ausgeführt, man müsse zur Ermittlung der Wirksamkeit von Willenserklärungen auf die individuelle Entwicklung und - das ist hier interessant - auf die Art des Rechtsgeschäftes im Einzelfall abstellen[35].

Der andere Ansatzpunkt findet sich in der Begründung zu dem oben wiedergegebenen Antrag[36], für die Einwilligung zur Tötung und Körperverletzung - einschließlich der Frage der Einwilligungsfähigkeit in diesem Bereich - eine Sonderregelung zu schaffen. Es heißt dort, ob eine Einwilligung - in dem näher dargelegten Sinne - vorliege,

---

33) Vgl. zum ganzen Engisch, a.a.O., S. 136, 139; Enneccerus-Nipperdey, § 58, S. 336 ff.

34) Man kann in diesen Fällen auch von "abändernder Rechtsfindung" (Restriktion) sprechen, durch die in den entsprechenden Fällen die Lücke erst "geschaffen" wird (vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 59, S. 344 ff.); ähnliches meint auch die Unterscheidung in "primäre" und "sekundäre Lücken" (Engisch, Juristisches Denken, S. 141).

35) Prot. I, S. 47, 48.

36) § 3 I 1, S. 17 f.

sei eine Frage des einzelnen Falles; die a l l g e m e i n e n Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit griffen hier nicht Platz[37].

Die in diesen Ausführungen enthaltenen Hinweise darauf, daß für besondere Arten von Rechtsgeschäften besondere, von den allgemeinen Geschäftsfähigkeitsvorschriften abweichende Regelungen erforderlich seien, gingen mit der Ablehnung der Anträge verloren; daß speziell für eine Gruppe höchstpersönlicher Rechtsgeschäfte eine Sondervorschrift notwendig ist, wurde nicht erkannt.

Nach alledem und unter Berücksichtigung der oben vorgenommenen Interessenabwägung ist ersichtlich, daß hier wirklich eine Lücke vorliegt, und zwar eine verdeckte, auszufüllende, nicht eine planmäßige Lücke, also eine solche absichtliche Nichtregelung, die die Ausfüllung verböte. Diese Lücke führte zu dem bekannten unbefriedigenden Ergebnis - Nichtwirksamkeit der als Rechtsgeschäft einzuordneten Einwilligung des minderjährigen Verletzten. Hier lag ein entscheidender Anstoß für die Entstehung der Rechtshandlungstheorie und der weiteren Gegenmeinungen. Schon Fischer stellte in diesem Zusammenhang fest:

> "Es ist offenbar, daß die Gegner der Rechtsgeschäftsnatur der Einwilligung den auf diesem Gebiete liegenden Schwierigkeiten zu entgehen suchten." 38)

Sie wählten nur den falschen Weg: Statt die Lücke in den Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit freizulegen und auszufüllen, verleugneten sie die Rechtsgeschäftsnatur, um zu befriedigenden Ergebnissen zu gelangen[39].

2. Um eine Lösung zu finden, die geeignet ist, die Lücke zu füllen, werden wir uns formal der Rechtsanalogie bedienen, indem wir von den für uns brauchbaren unter den vielen Alterssonderregelungen ausgehen. Die für die Be-

---

37) Prot. II, S. 634; Sperrung vom Verf.
38) Fischer, S. 276.
39) Hansen hält trotz Ablehnung der Rechtsgeschäftstheorie die Geschäftsfähigkeitsregeln des BGB für anwendbar, soweit die Einwilligung Vermögensrechte betrifft; soweit es um höchstpersönliche Rechte geht, lehnt er dann aber ihre Anwendbarkeit ab (S. 71 ff.) - von seinem Standpunkt aus ohne zureichende Begründung. Auf die Frage der Lücke geht er nicht ein.

nutzung dieser Methode erforderliche materielle Basis[40] gibt die oben angestellte Interessenuntersuchung und der dementsprechende, in vielen der vergleichbaren Regelungen zum Ausdruck kommende allgemeine Grundsatz ab, daß der Selbstbestimmung auch schon des Minderjährigen im höchstpersönlichen Bereich gegenüber anderen Interessen erhöhte Berücksichtigung gebührt[41]. Damit ist zugleich eine Berücksichtigung der in Artikel 1 und 2 des Grundgesetzes enthaltenen Wertungen, die den genannten Grundsatz heute verfassungsrechtlich fundieren, möglich. Der Streit um die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht[42] kann daher hier unerörtert bleiben; denn für unseren Bereich läßt sich die Wertung des Grundgesetzes ohne Veränderung bestehender Regelungen[43] einfach bei der Ausfüllung der aufgefundenen Lücke berücksichtigen. Daß dieser Weg gangbar ist, dürfte unstreitig sein. Denn heute wird allgemein zumindest die "Grundrechtsrealisierung" durch Wertausfüllung der Generalklauseln des Privatrechts akzeptiert[44]; erst recht muß sie daher bei der Lückenfüllung möglich sein.

Wohl nahezu alle denkbaren Analogien sind nun im Laufe der Auseinandersetzungen um die Einwilligung des Verletzten schon diskutiert worden. Insoweit sei zunächst auf die Wiedergaben im 1. Teil dieser Arbeit verwiesen[45].

Ergänzend sei noch auf eine ausländische positive Regelung hingewiesen, die unsere Probleme berücksichtigt. Es handelt sich dabei um Artikel 19 des Schweizerischen ZGB. Er lautet:

---

40) Vgl. Engisch, Juristisches Denken, S. 145.
41) Vgl. hierzu auch Hildegard Krüger, Einleitung, Randnote 290.
42) Vgl. hierzu Maunz-Dürig, Art. 1 Abs. III, Randnote 127 ff.
43) So aber Hildegard Krüger, dagegen Maunz-Dürig, vgl. die Wiedergaben oben § 3 I 5, insbes. S. 33 f.
44) So BVerfGE 7, 198 = NJW 1958, 257; Maunz-Dürig, Art. 1 Abs. III, Randnote 132.
45) Vgl. die oben wiedergegebenen (der Kürze halber hier nur mit Seitenzahlen dieser Arbeit angegebenen) Ansichten von Linckelmann (19), Fischer (23f.), v.Tuhr (25), Lehmann (26), Planck (26f.), Hildegard Krüger (32f.), Süß (35), Bosch (35f.), Boehmer (36f.) für Zivilrecht; sowie Keßler (51), Binding (51), Pfersdorff (52), Klee (53), Kiehl (54f.), Honig (57), Traeger (58), Frank (59), v. Liszt-Schmidt (59), Engisch (61) für das Strafrecht.

" (1) U r t e i l s f ä h i g e u n m ü n d i g e oder entmündigte Personen können sich nur mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters durch ihre Handlungen verpflichten.

(2) Ohne diese Zustimmung vermögen sie Vorteile zu erlangen, die unentgeltlich sind, und R e c h t e a u s z u ü b e n , die ihnen um ihrer P e r s ö n l i c h k e i t willen zustehen.

(3) ..."

Es ist zwar begrüßenswert, daß hier überhaupt eine Regelung auch für den höchstpersönlichen Bereich getroffen worden ist. Ich bin jedoch der Ansicht, daß dieser Regelung nicht gefolgt werden sollte. Einmal ist es eine zu knappe Umschreibung der Voraussetzungen, unter denen der Minderjährige wirksam handeln kann, wenn dafür lediglich "Urteilsfähigkeit" verlangt wird. Meines Erachtens muß hier stärker präzisiert werden.

Zum anderen ist das Absehen von jeder weiteren Altersgrenze wohl eine zu weitgehende Lösung[46]. Eine über den gesamten Bereich der "Unmündigkeit"[47] gleitende Skala, d.h. also das völlige Abstellen auf den Einzelfall, nimmt keinerlei Rücksicht mehr auf das Verkehrsinteresse. Die notwendige Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechtes Minderjähriger erfordert aber sicher nicht, in dieses - gegenüber der starren BGB-Regelung - andere Extrem zu verfallen.

Am zweckmäßigsten erscheint jene Art von Lösungen, die beide Möglichkeiten - Einzelfallentscheidung und Altersgrenzen - verbindet und so zwar durch stärkeres Abstellen auf den einzelnen Fall dem Selbstbestimmungsrecht die ihm gebührende größere Beachtung sichert, ohne jedoch den Gesichtspunkt des Verkehrsinteresses völlig außer acht zu lassen.

Demgemäß kommt eine Lösung in Betracht, die eine obere und eine untere Grenze festsetzt, jenseits deren der

---

46) A.A. - für völliges Abstellen auf den Einzelfall entsprechend der schweizerischen Lösung - Lenckner, ZstW 72, 457 f.

47) Das ist im schweizerischen Recht einheitlich der gesamte Bereich unterhalb der Volljährigkeit; vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 90 III 1, S. 523, Fußnote 6.

Minderjährige immer bzw. niemals wirksam einwilligen kann. Für den Zwischenbereich ist auf den Einzelfall abzustellen und eine für dessen Beurteilung brauchbare Formel vorzuschlagen.

Die untere Grenze sollte das vollendete vierzehnte Lebensjahr sein. Dafür spricht die Fülle von Regelungen, die von diesem Zeitpunkt ab dem Minderjährigen in höchstpersönlichen Lebensfragen ein Entscheidungs- oder doch Mitentscheidungsrecht einräumt. Hier einige Beispiele: Es sei zunächst nochmals an die Ehelichkeitserklärung, die Adoption und die Bestimmung über die Religionszugehörigkeit erinnert[48]. Weiter gibt § 59 FGG dem Minderjährigen von diesem Alter ab ein eigenes Beschwerderecht in persönlichen Angelegenheiten; vom gleichen Alter an soll der Mündel über seine vom Vormund beantragte Entlassung aus dem Staatsverbande gehört werden (§ 1827 Abs. 1 BGB).

Ein ähnlich markanter Einschnitt ist die ebenfalls in vielen Regelungen bedeutsame Vollendung des achtzehnten Lebensjahres. Von hier ab ist die Volljährigkeitserklärung zulässig (§ 3 BGB); der Achtzehnjährige wird in einer Reihe von Staatsangehörigkeitsangelegenheiten dem Volljährigen gleichgestellt (§ 14 Gesetz zur Regelung von Fragen der Staatsangehörigkeit vom 27. Februar 1955, BGBl I, S. 65), er ist wehrpflichtig (§ 1 Wehrpflichtgesetz) und beispielsweise bei der Wahl zum Betriebsrat wahlberechtigt (§ 6 BVG). Hier sollte daher die obere Grenze auch unserer Regelung liegen.

Mit diesen Aufzählungen sind die auf beide Altersgrenzen abstellenden Regelungen auch noch keineswegs erschöpft[49]. Besonders bedeutsam ist, daß die gleiche doppelte Begrenzung, wie sie hier vorgeschlagen wird, auch das Jugendgerichtsgesetz für die Strafmündigkeit aufgestellt hat. Strafrechtlich nicht verantwortlich ist, wer noch

48) Vgl. oben I 1, S. 135.

49) Vgl. z.B. die Aufzählungen bei Enneccerus-Nipperdey, § 90 IV, S. 525, u. bei Hildegard Krüger, Einleitung, Randnote 283.

nicht vierzehn, grundsätzlich voll verantwortlich, wer über achtzehn Jahre alt ist; dazwischen wird auf den Einzelfall abgestellt (§§ 1, 3 JGG)[50].

Die beiden Grenzen sind nach alledem als erprobt anzusehen. Insbesondere scheinen auch die Strafmündigkeitsgrenzen im Gegensatz zu den Ansichten von Kiehl und Traeger[51] keine ungeeigneten Vergleichspunkte: Die Beantwortung der Frage, wann man Unrecht tut, also in der Regel andere oder die Gemeinschaft schädigt, und der Frage, wie man sich in gewissen höchstpersönlichen Dingen selbst entscheiden soll, ob man sich also in dieser Hinsicht vielleicht selbst schädigt, scheinen mir einen ähnlichen Reifegrad vorauszusetzen. Andererseits ist die häufig zur analogen Anwendung empfohlene Untergrenze von sieben Jahren, die bei der Regelung der Verantwortlichkeit für unerlaubte Handlungen vorgesehen ist, hier zu niedrig (§ 828 BGB; die Obergrenze dort entspricht wieder der unseren). Der mit dieser Regelung zu erfassende Bereich ist weiter und erfordert solchen - hier unangebrachten - weiten Spielraum.

Die Fülle der Regelungen, die auf die beiden gewählten Altersgrenzen abstellen, zeigt, daß hier psychologische Erfahrungstatsachen vorliegen, auf die der Gesetzgeber aufbaut. Man wird also generell sagen können, vor Vollendung des vierzehnten Lebensjahres ist ein Minderjähriger in aller Regel unfähig, nach Vollendung des achtzehnten normalerweise fähig, die Bedeutung der Einwilligung eines Eingriffes in seine körperliche Unversehrtheit zu ermessen und demgemäß richtig zu entscheiden[52]. Gewisse "Ungerechtigkeiten" bringt naturgemäß jede generelle Grenze mit sich[53]; sie sind unvermeidlich, wenn

50) Vgl. jetzt auch § 10 des E 1962, wo entsprechend definiert wird, Kind ist, wer noch nicht 14 Jahre alt, Jugendlicher, wer 14, aber noch nicht 18 Jahre alt ist.

51) Vgl. oben § 4 I 1, S. 54, u. Traeger, S. 150.

52) Entsprechende Vorschläge machten demgemäß z.B. schon Honig (oben § 4 I 1, S. 40) und Bosch (oben § 3 I 6, S.36); letzterem schloß sich Boehmer (oben a.a.O., S. 37) an. Anders Luther, der die Volljährigkeit mit Vollendung des zwanzigsten Lebensjahres und bei dieser Altersgrenze möglichst einheitlich auch anderes - u.a. die Einwilligungsfähigkeit - eintreten lassen will, vgl. vor allem S. 78 ff. Der Vorschlag überzeugt jedenfalls für unser Problem nicht. Die Gegengründe ergibt der Text.

53) Vgl. schon Prot. I, S. 49.

man mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit von einer reinen Kasuistik abgeht, dürften aber bei der hier vorgeschlagenen Regelung auf ein Mindestmaß beschränkt sein.

Ein gutes Vorbild für die Beurteilung des Einzelfalles, die nun innerhalb des aufgestellten Rahmens möglich und notwendig wird, bietet § 3 JGG. Dort ist darauf abgestellt, ob der Jugendliche "nach seiner geistigen und sittlichen Entwicklung reif genug ist, das Unrecht der Tat einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln". Honig[54] formuliert: "... wenn er die zur Beurteilung der Tragweite der an sich strafbaren Handlung erforderliche Einsicht zur Zeit der Einwilligung besaß ."

In der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofes[55] heißt es schließlich: "... wenn der Minderjährige nach seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite des Eingriffes und seiner Gestattung zu ermessen vermag."

Die letzte Formel erscheint als die brauchbarste. Nur ist durch die Benutzung lediglich des einen Begriffes "zu ermessen" der in § 3 JGG gut herausgearbeitete Unterschied zwischen den intellektuellen und den voluntativen Fähigkeiten verwischt. Es sollte daher insoweit heißen: "zu beurteilen und nach diesem Urteil zu handeln vermag".

Die somit gewonnene Formulierung ermöglicht es auch, im Einzelfall nicht nur auf den Reifegrad des Minderjährigen an sich, sondern mit Bezug auf den jeweiligen Eingriff zu berücksichtigen: Schwerere Operationen - mit voraufgehender intensiverer Aufklärung - erfordern zur sachgerechten Abwägung eine größere Reife, als dies etwa bei der Verabfolgung einer Spritze der Fall ist.

Hier ist noch auf einen grundsätzlichen Einwand gegen Einzelfallentscheidungen einzugehen. Es wird gesagt, daß die Beurteilung der Frage, ob der Minderjährige die entsprechende Reife besitze, daher also wirksam einwilligen

54) Oben, a.a.O.
55) BGH NJW 1959, 811.

könne, den ihm gegenübertretenden Arzt und gegebenenfalls den Richter überfordere[56]. Dieser Einwand verliert jedoch erheblich an Gewicht, wenn die gleitende Skala - wie hier - auf den Bereich zwischen dem vierzehnten und dem achtzehnten Lebensjahr eingeengt wird. In diesem Rahmen dürfte eine richtige Einschätzung des Minderjährigen keine unzumutbare Anforderung mehr darstellen. Für den Richter zeigt das die seit langen Jahren erprobte Praktikabilität des § 3 JGG[57]. Auch dem Arzt dürfte aber die richtige Einschätzung eines Jugendlichen in diesem Bereich, zumal in Anbetracht seiner beruflichen Erfahrung mit Menschen, zuzumuten sein. Im Notfall würde er schließlich bei irrtümlicher Annahme der Einwilligungsfähigkeit trotz gewissenhafter Prüfung vor Schadensersatzansprüchen oder allfälliger Bestrafung durch die Regelung über den Irrtum geschützt sein[58].

Unzweckmäßig scheint mir eine gemeinschaftliche Zuständigkeit von Jugendlichen und Personensorgeberechtigten für die Einwilligung. Solche Lösung schlägt Bosch vor, "solange wir die Regelung des § 2 BGB aufrecht erhalten"[59]. Aus dieser Begründung ergibt sich, daß Bosch die oben nachgewiesene Lücke in der Geschäftsfähigkeitsregelung nicht gesehen hat und daher glaubt, § 2 BGB in dieser Weise berücksichtigen zu müssen. Das ist jedoch unzutreffend. Eine solche Doppelzuständigkeit würde auch die Möglichkeit zu Konflikten eröffnen, deren Lösung theoretische und praktische Schwierigkeiten machen würde.

---

56) So z.B. Bosch, FamRZ 1959, 202 (203) für den Arzt.

57) Daß von hier aus - entgegen dem Postulat der Einheit der Rechtswidrigkeit - im Einzelfall einmal widersprechende Entscheidungen im Zivil- und Strafrecht ergehen könnten, ist eine auch andernorts anzutreffende Erscheinung, die auf der Unabhängigkeit der Gerichte voneinander beruht und nichts gegen unsere Lösung besagt.

58) Vgl. schon RG JW 1907, 505; weiter Engisch, Ärztlicher Eingriff, ZStW 58, 39, zumindest hilft hier § 254 BGB; vgl. Erman, § 823, Anm. 10 c; nach der Lehre des BGH würde heute hier ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum vorliegen: Annahme eines Sachverhaltes, der, wenn er vorläge, die Rechtswidrigkeit ausschlösse.

59) FamRZ 1959, 202 (203); Hildegard Krüger, Einleitung, Randnote 297, Fußnote 2, weist anhand von Beispielen darauf hin, daß diese gemeinsame Zuständigkeit auch als "Sowohl-als-auch-Zuständigkeit" denkbar ist.

In praxi kann es allerdings für den Arzt bei schwer zu behebendem Zweifel über die Einwilligungsfähigkeit doch einmal rätlich sein, die Einwilligung des Minderjährigen und seines Vertreters einzuholen. Erweist sich der Minderjährige - im Streitfall - als einwilligungsfähig, so ist die zweite Einwilligung einfach gegenstandslos, andernfalls aber ist der Arzt durch sie gedeckt.

Schließlich kann die Alleinzuständigkeit des Minderjährigen nicht lediglich für Eilfälle bejaht werden[60]; dies ließe sich mit den hier dargestellten Grundsätzen nicht in Einklang bringen[61], würde auch zu praktischen Schwierigkeiten führen.

Nach alledem könnte folgende Regelung bei einer Reform des Bürgerlichen Gesetzbuches unter den Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit - etwa als § 107 a - Platz finden[62]:

> "Der Minderjährige kann die Einwilligung zu Eingriffen in seine körperliche Unversehrtheit nach Vollendung des achtzehnten Lebensjahres ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters geben.
>
> Hat er das vierzehnte, jedoch noch nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet, so kann er dies dann, wenn er nach seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite des Eingriffes und seiner Erlaubnis zu beurteilen und nach diesem Urteil zu handeln vermag." 63) 64)

---

60) So wiederum Bosch, a.a.O., unter Verweis auf BGH (St) FamRZ 1959, 158 = NJW 1959, 825.

61) Ebenso Boehmer, Teilmündigkeit, MDR 1959, 705 (707).

62) Der hier gemachte Vorschlag beruht nur auf Untersuchungen über die Einwilligung zu Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit. Die herangezogenen Vergleichsregelungen lassen jedoch die Annahme zu, daß der Vorschlag für Einwilligungen auch zu Eingriffen in andere höchstpersönliche Rechte, ja für höchstpersönliche Rechtsgeschäfte überhaupt angemessen ist. Eine entsprechende Ausweitung bedürfte aber noch der weiteren Überprüfung. Insbesondere müßte der Kreis der höchstpersönlichen Rechtsgeschäfte zuvor abgesteckt werden.

63) Bei Enneccerus-Nipperdey, § 151 II 1 e, S. 933, Fußnote 11, werden gegen diese Senkung der Altersgrenze mit Rücksicht darauf Bedenken angemeldet, daß "selbst der kleinste Kreditkauf der Genehmigung bedarf." Diese Feststellung sollte aber nicht zur Ablehnung unseres Vorschlages für den höchstpersönlichen Bereich führen, sondern eher zu einer Überprüfung der Geschäftsfähigkeitsregelung auch in anderer Richtung (vgl. auch Hildegard Krüger, Einleitung, insbesondere Randnoten 297 u. 300). Das führt über diese Arbeit hinaus; ein ernsthafter Einwand gegen unsere Lösung ist danach jedoch in den genannten Bedenken nicht zu

3. Als letzte Frage ist hier der gegenwärtige Rechtszustand zu behandeln. Eine so differenzierte Regelung wie die eben vorgeschlagene ist wohl grundsätzlich nur durch den Gesetzgeber in Kraft zu setzen. Erweisen Wissenschaft und Praxis ein Bedürfnis für solche Regelung, so muß der Gesetzgeber handeln.

Selbst wenn aber in Ausnahmefällen die Entstehung solcher Regelung als Gewohnheitsrecht oder Richterrecht möglich sein sollte: bei unserer Frage liegt es nicht so. Die langjährige strafrechtliche, bereits früh vom Reichsgericht begründete, und nun auch schon die ständige zivilrechtliche Judikatur des Bundesgerichtshofes geht bisher nur dahin, von der Geschäftsfähigkeitsregelung des BGB abzusehen und völlig auf den Einzelfall abzustellen[65]. Insoweit kann man heute von einer gewohnheitsrechtlichen Rechtsergänzung durch Richterrecht oder "Gerichtsgebrauch"[66] auf dem Gebiet der hier erwiesenen Lücke sprechen. Dies ist der gegenwärtige Rechtszustand für die Frage der Einwilligungsfähigkeit. Er ist sicherlich einer Anwendung der starren Volljährigkeitsgrenze vorzuziehen; besser ist die hier vorgeschlagene Regelung. Ohne Gesetzesänderung wird es jedoch kaum zu ihr kommen. Immerhin entspricht auch die von der Rechtsprechung bereits entwickelte - jetzt gewohnheitsrechtliche - Lösung den heute vom Grundgesetz aufgestellten

---

sehen.

64) Ob diese Vorschrift auch im Strafrecht Anwendung finden oder ob dort eine entsprechende Vorschrift geschaffen werden sollte, mag hier dahinstehen.

65) Vgl. die Rechtsprechungsübersichten oben §§ 3 II u. 4 II, S. 44 ff. u. 64 ff.

66) Die Kriterien - ständige Rechtsprechung und allgemeine Durchsetzung (vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 39 II 3, S. 267) - liegen vor.- Theoretisch ließe sich wohl auch die Ansicht halten, daß in unserem Falle nicht eine Lücke freigelegt oder durch Restriktion geschaffen worden ist, sondern vielmehr insoweit eine D e r o g a t i o n des geltenden Rechts durch richterliches Gewohnheitsrecht stattgefunden hat (vgl. hierzu Enneccerus-Nipperdey, § 40, insbesondere IV, S. 270, u. auch Fußnote 5 sowie § 59, S. 347, Fußnote 9; ein Beispiel bei Blomeyer, AcP 151, 97 (110)). Ich halte die im Text gegebene Ansicht für richtiger; auch die eben genannte würde aber am Ergebnis nichts ändern.

Prinzipien, so daß im Ergebnis keine Bedenken gegen sie bestehen[67].

Damit sind die Untersuchungen zu den Hauptfragen dieser Arbeit im wesentlichen abgeschlossen: Die Stellung der Einwilligung zu Heileingriffen im System des bürgerlichen Rechts und die Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger sind geklärt. Gleichwohl sind noch einige abschließende Ausführungen notwendig.

§ 13 Willensmängel

Einer Erörterung bedarf noch die Frage der Folgen von Willensmängeln in den Fällen des Irrtums, der arglistigen Täuschung und der Drohung. Auch hier weicht die Praxis der Gerichte hinsichtlich der Einwilligung des Verletzten von den Regeln für Rechtsgeschäfte ab: Nach diesen ist eine Anfechtung erforderlich, während nach Meinung der Praxis Willensmängel zur Unwirksamkeit ipso iure führen[1].

Die Frage ist p r a k t i s c h bedeutungslos für den Zeitraum bis zur Vornahme des Eingriffs. Denn bis dahin kann die Einwilligung des Verletzten widerrufen werden[2]. Da der Widerruf grundsätzlich unbeschränkt und formlos möglich ist[3], reicht es für die Beseitigung der Einwilligung aus, wenn der Betroffene in irgendeiner Weise erkennen läßt, daß er sie nicht mehr aufrechterhält. Da auch im Falle der ipso-iure-Unwirksamkeit gegebenenfalls eine Berufung darauf notwendig wäre, ist hier kein Unterschied zu erblicken.

---

67) Daher bedarf es keines Eingehens auf die Ansicht Hildegard Krügers, was der Gesetzgeber angesichts der Forderungen des Grundgesetzes verabsäume, müsse die Rechtsprechung im Wege verfassungsmäßiger Auslegung leisten (Einleitung, Randnote 282, 191, vgl. oben § 3 I 5, S. 33 f.); eine Ansicht, die in dieser Allgemeinheit problematisch ist (Gewaltenteilung!).

1) Vgl. oben § 6, S. 69.

2) Vgl. oben § 6, S. 69.

3) Vgl. die Regelungen bei den insoweit ähnlichen Geschäften der Vollmacht (§ 168 BGB), Einwilligung (§ 183 BGB); auch Auslobung (§ 658 BGB) und Testament (§ 2253 ff. BGB).

Bedeutung gewinnt die Frage aber für die Zeit nach dem Eingriff. Schwierigkeiten ergeben sich auch hier nicht aus der Form - die Anfechtung kann formlos geschehen (§ 143 BGB) -, wohl aber aus den Fristen. Im Falle der auf Grund Täuschung - oder Drohung - abgegebenen Willenserklärung ist die Anfechtung nur binnen eines Jahres seit Entdeckung der Täuschung bzw. Aufhören der Zwangslage möglich, im Falle des Irrtums sogar nur, wenn sie unverzüglich nach Erlangung der Kenntnis vom Anfechtungsgrund erfolgt (§§ 121/124 BGB).

Insbesondere die letztere Regelung ist nun auf dem Gebiet der Einwilligung zu Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit ganz unpassend. In der Praxis wird sich beispielsweise ein Operierter im Falle negativer Folgen darüber Gedanken machen, ob er Schadensersatzansprüche geltend machen kann. Da dies bei Vorliegen einer Einwilligung - kunstgerechte Ausführung des Eingriffs unterstellt - nur möglich ist, wenn zuvor die Wirksamkeit der Einwilligung beseitigt ist, wird er sich nunmehr fragen, ob diese vielleicht fehlerhaft war. Auch wenn er sodann zu dem Ergebnis gelangt, daß sie auf Irrtum beruhte[4], wird er - gerade wenn es sich um einen verant-

4) Hier kommt vor allem ein Irrtum auf Grund mangelnder Aufklärung in Betracht (vgl. hierzu oben § 2 II, S. 12 f.).- Geilen, der die Rechtsgeschäftstheorie - wie überhaupt jede zivilistische feste Einordnung der Einwilligung des Verletzten - verwirft, weist gleichwohl in diesem Zusammenhang auf die Vorteile hin, die sich bei Anwendung von § 119 BGB im Hinblick auf die "Einengung der Irrtumsrelevanz" ergeben sollen (vgl. z.B. S. 106, 110). Es erscheint fraglich, ob der Irrtum auf Grund mangelnder Aufklärung überhaupt ein Fall des § 119 BGB wäre; gemäß der im Text vertretenen Ansicht kann diese Frage hier offen bleiben. Es muß aber hier noch einmal mit Nachdruck betont werden, daß Geilens Methode abzulehnen ist - die Methode, die Rechtsgeschäftsnatur der Einwilligung zu leugnen, überhaupt ihre einheitliche systematische Erfassung abzulehnen, aber einzelne passend erscheinende Regelungen für Rechtsgeschäfte doch heranzuziehen, und all das, um das Problem der Aufklärungspflicht zu lösen. Die Fragen zu dieser Wirksamkeitsvoraussetzung müssen gelöst werden; Geilens Arbeit beweist aber keinesfalls, daß die Ersetzung systematischer Erfassung eines Institutes wie der Einwilligung des Verletzten durch Kasuistik dafür erforderlich oder nützlich wäre. Der richtige Weg ist es, nach systematischer Einordnung gegebenenfalls unpassende Einzelregelungen als unanwendbar zu erweisen.

wortungsbewußten, bedachtsamen Menschen handelt oder aber um einen ungewandten - doch noch zögern, die Schadensersatzansprüche geltend zu machen und hierbei die Einwilligung anzufechten. Er wird vor allem eine Zeitlang abwarten in der Hoffnung, die negativen Operationsfolgen würden abklingen. Im Falle der Klage wäre es in solchen Fällen schwer, den Zeitpunkt der Kenntniserlangung zu ermitteln; insbesondere dürfte es aber häufig an "unverzüglicher" Anfechtung fehlen.

Hier zeigt nun wieder die Interessenabwägung, daß bei höchstpersönlichen Rechtsgeschäften eine andere Regelung geboten ist. Bei vermögensrechtlichen Vorgängen mögen zwar ähnliche Fallgestaltungen wie eben geschildet denkbar sein. Dabei ist aber das Verkehrsinteresse, der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit von solchem Gewicht, daß die Regelungen der §§ 121, 124 BGB angemessen sind. Unerträglich erscheint dagegen solche Einschränkung insbesondere im Bereich der Einwilligung zu Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit. Das die Rechtssicherheit überwiegende Interesse ist wiederum das Selbstbestimmungsrecht - hier nicht nur des Minderjährigen, sondern jedes Betroffenen. Auf die Fehlerhaftigkeit einer Erklärung in diesem Bereich muß man sich jederzeit ungehindert berufen können. Es zeigt sich hier, daß zweckmäßigerweise auch auf diesem Gebiet dem besonderen Charakter der höchstpersönlichen Rechtsgeschäfte durch Sonderregelungen hätte Rechnung getragen werden müssen[5].

Hier wie im Gebiet der Einwilligungsfähigkeit ist der Fehler des Gesetzgebers durch die Praxis korrigiert worden. Eine jahrzehntelange gefestigte Rechtsprechung hat mit Recht - dem oben Ausgeführten Rechnung tragend - für die Einwilligung des Verletzten entschieden, daß sie im

5) Vgl. auch die teilweise entsprechenden Überlegungen zur Interessenabwägung bei der Frage der Einwilligungsfähigkeit im höchstpersönlichen Bereich oben § 12, S. 133 ff.

Falle von Willensmängeln ipso iure unwirksam sei, daß es also keiner Berufung hierauf bedarf[6]. Dieser Satz ist heute als Gewohnheitsrecht anzusprechen[7] und im Gegensatz zu den Ergebnissen der Rechtsprechung zur Einwilligungsfähigkeit ohne Änderung zu akzeptieren.

§ 14 Zusammenfassung

Abschließend läßt sich feststellen, daß die Rechtsgeschäftstheorie, so wie sie hier entwickelt wurde, eine Lösung darstellt, die nicht nur zivilrechtlich auf konstruktiv richtigem Wege zu praktisch brauchbaren Ergebnissen führt, sondern zugleich auch den im Strafrecht aufgestellten Forderungen entspricht.

Die Vertreter der Rechtshandlungstheorie haben demnach irrig geglaubt, die Voraussetzungen für die im Strafrecht besonders betonten richtigen Lösungen praktischer Fälle - vor allem: Einwilligungsfähigkeit schon vor Geschäftsfähigkeit und ipso-iure-Unwirksamkeit bei Willensmängeln - nur durch Übernahme der strafrechtlichen Argumente gegen die Rechtsgeschäftsnatur der Einwilligung schaffen zu können.

Ungerechtfertigt ist danach weiter auch die in der Diskussion um die Einwilligung des Verletzten häufig anzutreffende nachdrückliche Ablehnung zivilrechtlicher Kategorien überhaupt durch Strafrechtler. Es muß der Entwicklung auf strafrechtlichem Gebiet überlassen bleiben, ob nun auch dort die hier vertretene modifizierte Rechtsgeschäftstheorie anerkannt wird oder nicht: Den vom Strafrecht her gestellten Anforderungen wird sie jedenfalls gerecht. Damit ist zumindest im Ergebnis auch dem Prinzip der Einheit der Rechtswidrigkeit Rechnung getragen.

---

6) Vgl. oben § 6, S. 69; weiter § 3 II, S. 48, insbesondere Fußnote 167.

7) Vgl. dazu die insoweit auch hier zutreffenden Erwägungen zur Rechtsprechung hinsichtlich der Einwilligungsfähigkeit oben § 12 III 3, S. 151, insbesondere Fußnote 66.

Lebenslauf

Am 26.11.1934 wurde ich als Sohn des Rechtsanwalts und Notars Dr. Günter Rosener und seiner Ehefrau Elfriede geb. Plathen in Berlin geboren.

Von 1941 bis 1945 besuchte ich die Grundschule in Berlin und in Wilhelmshorst bei Potsdam. 1946 wurde ich in die Herder-Schule in Berlin aufgenommen; ab 1949 setzte ich den Schulbesuch am Städtischen Realgymnasium für Jungen an der Oranienstraße in Wiesbaden fort. Dort legte ich im März 1954 die Reifeprüfung ab.

Nach einer Bank-Volontärzeit in Frankfurt (Main) nahm ich im Wintersemester 1954/1955 das Studium der Rechtswissenschaften auf, das ich an der Universität München und an der Freien Universität Berlin fortsetzte und am 26.11.1959 mit der ersten juristischen Staatsprüfung abschloß.

Den Referendar-Vorbereitungsdienst beendete ich am 26. Juni 1964 mit der großen juristischen Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt Berlin.

Am 5.1.1965 wurde ich als Rechtsanwalt in Berlin zugelassen.

Druck:
ERNST-REUTER-GESELLSCHAFT
der Förderer und Freunde der Freien Universität Berlin e.V.
DISSERTATIONS-DRUCKSTELLE
1 Berlin 33, Garystr. 45